



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université de Toulouse I, Capitole
Discipline ou spécialité : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par **Guillaume BEAUSSONIE**
le 20 octobre 2009

La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété

MEMBRES DU JURY

M. Thierry REVET,
Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, rapporteur ;
Mme Valérie MALABAT,
Professeur à l'Université Bordeaux IV, Montesquieu ;
M. Emmanuel DREYER,
Professeur à l'Université Paris XI, Paris-Sud, rapporteur ;
M. Jean DEVEZE,
Professeur à l'Université Toulouse I, président du jury ;
M. Marc SEGONDS,
Professeur à l'Université Aix-Marseille III, Paul Cézanne ;
M. Bertrand DE LAMY,
Professeur à l'Université Toulouse I, directeur de la recherche.

Ecole doctorale : Sciences juridiques et politiques
Unité de recherche : Centre de droit privé (EA 1920)

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent donc être considérées comme propres à leur auteur.

Pour ces cinq années, mes sincères remerciements :

au Centre de droit privé et à la plupart de ses membres, pas seulement pour le soutien logistique ;

à l'École de droit pénal de la Garonne-Sud, informelle et instable, et à ses prestigieux docteurs, Cécile, Madeleine, Antoine, Jean-Baptiste et Olivier ;

aux Limousins et aux Italiens qui composent ma famille et, tout particulièrement, à mes parents et à la branche Benhamiche, pour les relectures avisées et la villégiature estivale, ô combien précieuses ;

à Séverin et Emmanuel, pour leur amitié et leurs conseils ; à Didier, pour m'avoir appris à courir très longtemps ;

au Professeur Bertrand de Lamy, pour m'avoir incité à (re)lire les Fables de la Fontaine ; au Professeur Marc Segonds, toujours prêt, notamment, à parler d'un bel arrêt ;

à Madeleine, pour nombre de choses, grandes et magnifiques, passées, présentes et à venir.

A Mado du coin de la rue des Salenques et de la rue Albert Lautman

Sommaire

TABLE DES ABREVIATIONS

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

LA RECEPTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE

Titre I – Une réception autorisée

Chapitre 1 – La réception par l'élément légal

Chapitre 2 – La réception par l'élément matériel

Titre II – Une réception aboutie

Chapitre 1 – La réception malgré la valorisation

Chapitre 2 – La réception malgré l'incorporalité

SECONDE PARTIE

LA CONTRIBUTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS A L'ETUDE DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE

Titre I – L'apport à la détermination de l'effet des infractions contre la propriété

Chapitre 1 – La détermination de l'objet du dommage : le bien

Chapitre 2 – La détermination de l'effet du dommage : le préjudice

Titre II – L'apport à la détermination de la cause des incriminations en faveur de la propriété

Chapitre 1 – La condition de la détermination : la rémanence d'un ordre public directif

Chapitre 2 – Le sens de la détermination : la promotion de la personne

CONCLUSION GENERALE

ANNEXES

Table des abréviations

Sources du droit

Art. = article	C58 = Constitution du 4 octobre 1958
C. civ. = Code civil	CCH = Code de la construction et de l'habitation
C. com. = Code de commerce	Conv. EDH = Convention (européenne) de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
C. consom. = Code de la consommation	DC = contrôle de conformité à la Constitution
C. mon. fin. = Code monétaire et financier	Déc. = décision
C. org. jud. = Code de l'organisation judiciaire	DDHC = Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (1789)
C. pén. = Code pénal	L. = loi
C. proc. civ. = Code de procédure civile	Prot. = protocole
C. proc. pén. = Code de procédure pénale	
C. propr. intell. = Code de la propriété intellectuelle	
C. santé publ. = Code de la santé publique	
C. trav. = Code du travail	

Publications

<i>Arch. phil. dr.</i> = Archives de philosophie du droit	<i>JCP</i> ou <i>JCP G.</i> = Semaine juridique, édition générale
<i>BICC</i> = Bulletin d'information de la Cour de cassation	<i>JO</i> = Journal Officiel
<i>Bull. A. P.</i> = Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation	<i>JOLD</i> = Journal Officiel Lois et Décrets
<i>Bull. civ.</i> = Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation	<i>LPA</i> = Les Petites Affiches
<i>Bull. crim.</i> = Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation	<i>RDP</i> = Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>Bull. Joly</i> = Bulletin Joly	<i>Rép. civ. Dalloz</i> = Répertoire civil Dalloz
<i>CJAMP</i> = Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et de Midi-Pyrénées	<i>Rép. pén. Dalloz</i> = Répertoire pénal Dalloz
<i>Comm. com. électr.</i> = Revue Communication - Commerce électronique	<i>Rev. crit.</i> = Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>D.</i> = Recueil Dalloz	<i>Rev. crit. DIP</i> = Revue critique de droit international privé
<i>Dalloz jur. gén.</i> = Dalloz (jurisprudence générale)	<i>Rev. pénit.</i> = Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>DH</i> = Dalloz (hebdomadaire)	<i>Rev. sc. crim.</i> = Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>DP</i> = Dalloz (périodique)	<i>Rev. soc.</i> = Revue des sociétés
<i>Dr. et patr.</i> = Revue Droit et patrimoine	<i>RHD</i> = Revue historique de droit français et étranger
<i>Dr. Famille</i> = Revue Droit de la famille	<i>RID pén.</i> = Revue internationale de droit pénal
<i>Dr. pén.</i> = Revue Droit pénal	<i>RJ com.</i> = Revue de jurisprudence commerciale
<i>Gaz. Pal.</i> = Gazette du Palais	<i>RJDA</i> = Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>J.-Cl.</i> = Juris-Classeur (encyclopédies)	<i>RTD civ.</i> = Revue trimestrielle de droit civil
<i>JCP E.</i> = Semaine juridique, entreprise et affaires	<i>S.</i> = Recueil Sirey

Juridictions

Ass. plén. = arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
CA = arrêt d'une cour d'appel
Cass. ch. mixte = arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. = arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
Cass. crim. = arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req. = arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cass. soc. = arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
CJCE = arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel
Cour EDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
T. com. = jugement d'un tribunal de commerce
TGI = jugement d'un tribunal de grande instance
Trib. civ. = jugement d'un tribunal civil
Trib. correc. = jugement d'un tribunal correctionnel

Acronymes

DG = Directeur général
DIP = Droit international privé
ENM = Ecole Nationale de la Magistrature
IVG = Interruption volontaire de grossesse
LGDJ = Librairie générale de droit et de jurisprudence
PDG = Président-directeur général

PUAM = Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF = Presses universitaires de France
PUG = Presses universitaires de Grenoble
SA = Société anonyme
SARL = Société anonyme à responsabilité limitée
SAS = Société par actions simplifiée

Abréviations usuelles

§, §§ = paragraphe(s)
Adde = ajouter, ajoutez
Aff. = affaire(s)
Al. = alinéa
Bibl. = Bibliothèque
C. = contre
Chron. = chronique
Coll. = collection
Comm. = commentaire
Comp. = comparer, comparez
Concl. = conclusions
Cons. = considérant(s)
Contra = en sens contraire
Doctr. = doctrine
Dr. = droit
Ed. = Edition(s)
Ex. = exemple
Fasc. = fascicule
Ibidem, ibid. = au même endroit
In = dans
Inf. rap. = informations rapides

Infra = ci-dessous
Juris. = jurisprudence
Loc. cit. = *loco citato* = à l'endroit précité
Notam. = notamment
N^{o(s)} = numéro(s)
Obs. = observations
Op. cit. = *opere citato* = dans l'ouvrage précité
P. = page(s)
Passim. = ça et là
Préc. = précité
Pt = point
Réed. = réédition
S. = suivant(e)s
Somm. = sommaires
Spéc. = spécialement
Supra = ci-dessus
T. = tome
V. = voir, voyez
V^o, V^{is} = *Verbo* (mot), *Verbis* (mots)
Vol. = volume

Introduction

« L'abstrait n'est pas l'irréel : l'opération d'abstraire s'effectue à partir d'un objet réel, de sorte que son résultat n'appartient pas moins à la réalité que l'objet concret qui est à son origine. Mais au fur et à mesure que le raisonnement se développe, le risque d'erreur (donc d'irréalité) apparaît, qu'augmente l'éloignement de l'objet concret. »¹

- 1 LE PRINCIPE D'UNE CONSIDERATION PENALE DES BIENS INCORPORELS.** – Dans un arrêt du 14 novembre 2000, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné le détournement d'un « numéro de carte de crédit ». A cette fin, le juge pénal a alors précisé, aussi clairement que laconiquement, que « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* »². Autrement dit, il semble que la propriété des biens incorporels puisse, désormais, être protégée pénalement, au moins par le biais de l'incrimination d'abus de confiance.
- 2 LA PORTEE DE LA CONSIDERATION PENALE DES BIENS INCORPORELS.** – Depuis lors, il apparaît que, à l'instar de la prise en compte générale de l'immatériel par le droit, « *le problème [...] n'est [plus tant] de savoir si le droit [pénal] lui fait ou non une place mais dans quelle mesure il la lui fait* »³. L'ouverture des infractions contre la propriété aux biens incorporels a, en effet, constitué une « *extension du domaine des possibles* »⁴, chaque arrêt rendu en la matière consacrant un bien inédit⁵. La question de la considération pénale des biens incorporels se pose donc, désormais, avant tout à propos de sa portée.
- 3** Pour autant, il paraît impossible, et d'ailleurs peu souhaitable, de totalement se départir de la vision encore « *infectée de matérialisme* »⁶ d'une grande partie de la doctrine pénaliste, pour

¹ J. HERON, « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », in *Mélanges G. Cornu*, PUF, 1994, n° 1, p. 217.

² *Bull. crim.*, n° 338 ; v. *D.*, 2001, juris. p. 1423 et s., note B. DE LAMY ; *RTD civ.*, 2001, p. 912 et s., obs. T. REVET ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. MALABAT ; *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 385 et s., obs. R. OTTENHOF ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 28, obs. M. VERON. – Adde S. JACOPIN, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », in *Dr. pén.*, 2001, chron. n° 16.

³ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 80. – Les examinateurs de l'ENM ne semblent pas démentir ce constat, puisqu'ils ont demandé aux étudiants de dissertar, en 2007, sur « *les choses immatérielles saisies par le droit pénal* ».

⁴ B. DE LAMY, *D.*, 2005, juris. p. 411 et s. : « *Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles* ».

⁵ Voir T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, p. 271 et s.

⁶ M. VILLEY, Préface historique aux *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 2.

laquelle « *le recours à la notion de " bien quelconque " [a peut-être] eu pour effet d'ouvrir la boîte de Pandore* »⁷. Une interrogation sur l'absence de matérialité postule, effectivement, un questionnement préalable sur la matière, d'autant plus lorsqu'il s'agit de s'intéresser à une « dématérialisation », c'est-à-dire à un processus ayant pour aboutissement « *d'ôter la matière* »⁸. Corrélativement, l'étude de l'immatériel et de sa prise en compte par le droit pénal conduit nécessairement, ce dernier ayant été construit dans et pour le monde sensible du début du XIX^e siècle, à mieux connaître, tant la matière que le système juridique pénal, celle-là pouvant désormais être comparée, celui-ci pouvant maintenant être éprouvé. C'est, ainsi, le prisme de l'immatériel qui a, par exemple, permis de révéler aux juristes ce que les physiciens avaient déjà su formuler : « *l'existence d'un continuum entre la matière et l'énergie, tel que la première en se décomposant libère la seconde* »⁹. Or, on sait le rôle important joué par le droit pénal, jurisprudentiel puis légal, dans cette révélation : si l'électricité peut être touchée, parce qu'elle constitue une chose matérielle¹⁰, sa soustraction ne peut être immédiate, empruntant alors une forme particulière, à l'instar de celle d'un bien incorporel¹¹. L'immatériel renseigne sur le matériel.

- 4 En sus de ces incitations à discerner le matériel de l'immatériel et, en définitive, à ne pas considérer la réception des biens incorporels par le droit pénal comme un acquis, il faut ajouter que c'est dans le seul cadre d'une incrimination rendue beaucoup plus compréhensive par le Code pénal de 1992, l'abus de confiance¹², que l'arrêt du 14 novembre 2000 a été rendu. Or, signe, si ce n'est d'un désaveu, du moins d'une nuance, voire de la volonté d'un cloisonnement, d'autres incriminations semblent rester continûment fermées à ce que se produise une telle évolution de leur interprétation traditionnelle. Le juge pénal a déjà pu poser, en effet, qu'« *une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux*

⁷ R. OTTENHOF, *op. cit.*, p. 385 ; *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 108 ; *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 852 et s.

⁸ Littré, *V^o Dématérialisation*.

⁹ Voir P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 62 ; puis v., du même auteur, « La matière et l'énergie », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 557 et s.

¹⁰ V. Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*, 1913, 1, p. 337, note J.-A. ROUX : « *L'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; [...] elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second ; [...] elle doit dès lors être considérée comme une chose, au sens de l'article 379 du Code pénal, pouvant faire l'objet d'une appréhension* » (nous soulignons).

¹¹ C'est pourquoi l'article 311-2 du Code pénal assimile la « *soustraction frauduleuse d'énergie* » à la soustraction frauduleuse telle qu'elle est entendue, plus classiquement, par interprétation de l'article 311-1, qui définit le vol simple. En revanche, parce que cela n'est pas nécessaire, il n'assimile pas l'énergie à la chose.

¹² V. par ex., à ce sujet, C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 303 et s. ; M. VERON, « L'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1153 et s.

prévisions [...] de l'article 321-1 du Code pénal »¹³, qui incrimine le recel. De même, il a considéré que « les communications téléphoniques constituent des prestations de service non susceptibles d'appropriation et [qu'elles] n'entrent pas dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du Code pénal »¹⁴, ancien article réprimant le vol. Enfin, il ne faut jamais oublier que le droit pénal est, par essence, rétif à l'élargissement de son champ d'application, d'autant plus lorsque celui-ci a pour cause une interprétation : à la légalité, garantie formelle et matérielle du respect des libertés individuelles, s'ajoute, en corollaire logique, l'impératif d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁵. Or, la considération pénale des biens incorporels se présente, précisément et avant tout, comme le fait du juge, ce que ne manquent d'ailleurs pas de critiquer les principaux adversaires de la jurisprudence ainsi formée¹⁶. Par conséquent, avant d'étudier la portée de la prise en compte par le droit pénal des biens incorporels, c'est d'abord celle de l'interrogation sur l'immatériel en droit pénal qu'il faut définir. Cela implique, préalablement, de préciser la légitimité d'une telle question.

- 5 LA LEGITIMITE DE L'INTERROGATION SUR LES BIENS INCORPORELS EN DROIT PENAL : UNE DEMATERIALISATION CONTEMPORAINE DES BIENS.** – Soucieux de construire un système juridique pragmatique, c'est-à-dire qui concerne et qui s'adapte à la réalité, les Romains distinguaient les biens concrets, *quae tangi possunt*, des biens abstraits, *quae tangi non possunt*¹⁷. Ces derniers, les droits ou *jura*, empruntaient leur nature incorporelle au système qui les produisait, lui-même purement intellectuel. L'immatériel est donc vieux comme le droit, et sa perception même en tant qu'objet juridique est loin d'être inédite. Il pourrait, dans cette optique, paraître bien inutile de constater une « dématérialisation » contemporaine des biens en droit pénal.
- 6 Toutefois, le paroxysme de l'immatériel, atteint dans le cadre de la société féodale, a paradoxalement conduit, un temps, à sa décadence. A une époque où la possession de la terre jouait un rôle majeur, tant politiquement qu'économiquement, les romanistes, redécouvrant le droit romain, cherchèrent à traduire la réalité complexe qui s'imposait à eux selon des patrons juridiques romains éprouvés. Il en résulta, notamment, une substitution de la propriété par la

¹³ Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 142. – Le principe a été, depuis, réaffirmé : v. Cass. crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 157.

¹⁴ Cass. crim., 12 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 430.

¹⁵ Art. 111-4 C. pén.

¹⁶ V. par ex. J. DEVEZE, « Le vol de " biens informatiques " », *JCP G.*, 1985, I, 3210, n° 7.

¹⁷ Voir GAIUS, *Institutes*, II, n°s 12-14 ; *Digeste*, I, titre VIII, § 1.

« saisine », plus adaptée à l'organisation féodale en « tenures »¹⁸ ou, plus communément, une généralisation de la propriété des droits : « *sur presque toute terre, [...] et sur beaucoup d'hommes, pesait [alors] une multiplicité de droits, divers par leur nature, mais dont chacun, dans sa sphère, paraissait également respectable* »¹⁹. Ce report de l'exclusivité, de la terre vers les droits, provoqua naturellement une banalisation des droits et une nostalgie des choses, qui conduisirent, de concert, à faire de l'un des droits un droit éminent par rapport aux autres²⁰. Les romanistes firent donc prévaloir le droit établissant le rapport le plus direct avec la chose sans, cependant, le doter de caractères fondamentalement différents des autres droits. De la sorte, cette propriété retrouvée, droit parmi les autres, devint également un *jus in re*, c'est-à-dire un objet de droit tout autant qu'un droit, soit un bien autant qu'un droit sur le bien. En revanche, droit différent des autres, le lien direct qu'il entretenait alors avec la terre incita, d'un côté, à en faire le droit qui contenait tous les autres, ces derniers n'en constituant que des démembrements et, d'un autre côté, à puiser dans ce lien étroit avec la chose corporelle l'essence même de sa spécificité. Dès lors, aux yeux des romanistes et, plus particulièrement, de Bartole, « *si le droit de propriété n'est pas parmi les jura, c'est [donec] qu'il est corpus* »²¹. D'où deux assimilations fallacieuses : l'immatériel ne résiderait que dans les droits ; la propriété serait exclusivement corporelle.

- 7 Bien que le Code civil ait, majoritairement, marqué un retour vers les mécanismes romains d'origine, par exemple en faisant des droits des objets de propriété²², l'influence du droit savant médiéval sur la doctrine contemporaine reste, en raison de la fascination exercée par ce droit de professeurs, à la fois systématique et nuancé, bien ancrée. De même, bien que les Codes pénaux de 1810 et de 1992, plus soucieux de réalisme que d'abstraction, se soient ouverts de plus en plus au domaine de l'immatériel, par exemple lors de l'incrimination des

¹⁸ Voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 1989, n^{os} 4 et s., p. 19 et s. ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, coll. Corpus Histoire du droit, Economica, 2008, p. 66 et s.

¹⁹ M. BLOCH, *La société féodale*, rééd. coll. Bibl. de l'Evolution de l'humanité, Albin Michel, 1994 (texte de 1939), p. 174.

²⁰ Voir E. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *Mélanges H. Fitting*, t. II, Montpellier, 1907-1908, p. 409 et s.

²¹ V., rétablissant exhaustivement le raisonnement de Bartole et des romanistes, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n^o 83, p. 131-132, et n^o 166, p. 261 et s.

²² V. par ex. art. 529 C. civ. : « *Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies [...]. Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers* ».

filouteries²³, la doctrine pénaliste a, bien souvent, marqué son attachement à la thèse corporéiste qui assure, selon elle, une répression plus prévisible²⁴.

8 Dans ce contexte, l'apparition moderne, puis le développement contemporain, de choses purement abstraites qui ne sont pourtant pas des droits, peuvent être légitimement perçus comme les manifestations d'une dématérialisation du système juridique, qui a su les recevoir, ce phénomène fût-il alors plus révélé, que véritablement généré²⁵. Ainsi, au-delà de l'immatériel concédé par le système juridique, existent désormais des choses sans corps qui, à l'instar des corps, ne procèdent pas du commerce juridique, mais ont malgré tout vocation à s'y insérer. Le droit, qui constate plus encore qu'il ne crée, se doit en effet de reconnaître les valeurs concurrentes, quelles qu'elles soient, en les dotant de sa valeur propre : la sanction. En son sein, branche judiciaire autant qu'elle est légale et, par suite, branche assujettie à la réalité, le droit pénal se situe à l'avant-garde de la consécration de ces nouveaux biens, dont l'hétérogénéité incite pour l'instant les auteurs à s'adonner à des inventaires à la Prévert qui, à mieux les examiner, n'en sont pas tout à fait²⁶ ; il existe, ainsi, une logique dans la prise en compte pénale des biens incorporels. En droit pénal principalement, la dématérialisation des biens paraît donc bien avoir eu lieu.

9 **LA PORTEE DE L'INTERROGATION SUR LES BIENS INCORPORELS EN DROIT PENAL : UNE APPROCHE PENALE DE LA PROPRIETE.** – La dématérialisation des biens en droit pénal est un phénomène qui s'inscrit, de façon plus générale, dans l'approche pénale de la propriété. Il ne pourrait alors s'agir, à travers son étude, que de constater une extension du domaine de la protection pénale de la propriété, puis de la justifier ou, à l'inverse, de la désavouer. En réalité, les travaux ayant trait à la prise en compte des biens incorporels par le droit pénal s'en contentent rarement. L'essor des biens incorporels semble souvent constituer, en effet, à la fois le déclencheur et l'un des éléments incontournables de chaque nouvelle réflexion sur la propriété en droit pénal²⁷. Plus encore, la possibilité de la protection pénale des biens

²³ Art. 313-5 C. pén.

²⁴ V. par ex. R. OTTENHOF, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ S'ajoute à cela que « la dématérialisation peut s'entendre aussi d'une moindre matérialité » : D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, p. 48, n° 6.

²⁶ Voir P. CATALA, « Exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{èmes} Journées R. Savatier, PUF, 1991, n°s 25 et s., p. 188-189 : « Unité du genre » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527 et s. ; T. REVET, *op. cit.*, n°s 19 et s., p. 285 et s. : « Les nouveaux biens au cœur du nouveau modèle de la chose appropriée » ?

²⁷ V. par ex. D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2005 ; L. EYRIGNAC, *La protection pénale du patrimoine de la société*, coll. des thèses, vol. 12, Fondation Varenne, LGDJ, 2007 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, thèse, Bordeaux IV, 2008 : outre que ces travaux interviennent

incorporels participe, parfois, à révéler certaines utilités méconnues de la propriété, par exemple son aptitude à protéger le secret des correspondances ou le dossier pénal²⁸. En filigrane, cette considération du droit pénal envers les biens incorporels s'avère même de nature à clarifier la compréhension de la notion de propriété en droit civil, dont la perception n'est pas unitaire en doctrine, soit que celle-ci défende une théorie dite « classique », d'inspiration romaniste²⁹, soit qu'elle ait fait le choix d'une théorie dite « rénovatrice », d'inspiration romaine³⁰, soit encore qu'elle préfère emprunter, selon la question abordée, à l'une ou à l'autre de ces théories³¹. L'étude de la dématérialisation des biens en droit pénal obligeant notamment à l'analyse, sous l'angle de la répression, d'une grande partie des mécanismes attachés à la propriété, elle permet effectivement, non seulement, de compléter et de renforcer leur appréhension civile, mais aussi, d'entrevoir la relation entretenue, en la matière, entre droit pénal et droit civil. Par là même, la dématérialisation paraît démontrer l'existence d'une véritable originalité du droit pénal de la propriété.

- 10** Encore faut-il s'accorder, préalablement, sur ce que représente réellement le droit pénal de la propriété. Le Code pénal ne contient, effectivement, que la substantifique moëlle des « *appropriations frauduleuses* »³², c'est-à-dire l'essentiel mais pas l'entier ; l'abus de biens sociaux, réprimé principalement par le Code de commerce³³, la contrefaçon, incriminée par le Code de la propriété intellectuelle³⁴, ou encore le recel et le blanchiment, présentés laconiquement et respectivement, par le Code pénal, comme la première et la dernière des « *autres atteintes aux biens* »³⁵, possèdent, au moins en partie, les caractères de toute atteinte pénale à la propriété ; tous et chacun, ils préservent et sanctionnent la relation exclusive entre

en pleine vague d'ouverture du droit pénal à l'immatériel, dès leur introduction, donc lors de la justification de leur démarche, les auteurs soulignent l'existence de cette ouverture. – Pour le droit civil, v. par ex. F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 et s. : au seuil de son étude, l'auteur précise qu'« *il est temps de revoir la notion de propriété, tant du point de vue de son objet que du point de vue de son contenu* » (p. 307). Du point de vue de l'objet, il s'agit précisément pour l'auteur de démontrer que d'« un prétendu héritage romain », on a déduit une « *prétendue incompatibilité de régime des choses corporelles et des biens immatériels* » (p. 307-312).

²⁸ A propos du secret des correspondances, v. V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, coll. IDA, PUAM, 1999 ; à propos du dossier pénal, v. C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2007.

²⁹ V., par ex., H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II-2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 1994 (8^{ème} éd.).

³⁰ Voir F. ZENATI, *op. cit.*

³¹ V. par ex. P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, coll. Dr. civil, Defrénois, 2007 (3^{ème} éd.).

³² Intitulé du titre I^{er} du livre III du Code pénal contenant, notamment et principalement, le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance.

³³ V., surtout, art. L. 242-6, 3^o et 4^o, C. com., pour les SA, et art. L. 241-3, 4^o et 5^o, C. com., pour les SARL.

³⁴ Art. L. 335-2 et s. C. propr. intell.

³⁵ Intitulé du titre II du livre III du Code pénal : art. 321-1 à 324-9 C. pén.

une personne et sa chose. C'est, d'ailleurs, par le biais de cette dernière que les pénalistes identifient la propriété, puis discriminent les atteintes qui y sont portées : le bien étant toujours en cause, il faudrait, en effet, différencier les « atteintes matérielles » ou « physiques » des « atteintes juridiques » subies par la propriété³⁶. La dématérialisation des biens, qui s'inscrit précisément dans la considération pénale de l'objet de propriété, encourage d'autant plus à cette étude de la propriété à travers son objet ou, si l'on préfère, à cette étude de la propriété objective en droit pénal. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il faille délaisser l'approche subjective, la propriété d'un bien ayant toujours et exclusivement vocation à profiter à celui qui l'a légitimement assujéti. Simplement, c'est par l'objet que, tant le système pénal, que la dématérialisation qui s'y déroule, incitent à débiter l'analyse.

11 LA PERTINENCE DE L'APPROCHE OBJECTIVE DE LA PROPRIÉTÉ EN DROIT PÉNAL. – En vertu d'une traditionnelle approche distributive et imperméable des fonctions du droit pénal et du droit civil, conduisant notamment, bien souvent, à faire du premier le sanctionnateur du second, la doctrine pénaliste abandonne l'étude de la notion de « bien » aux civilistes, se contentant la plupart du temps, en la matière, de dresser un inventaire rapide et d'opérer une systématisation sommaire, plus intuitive que dialectique. Il n'existerait pas, en effet, de conception proprement pénale du bien, l'étude de ce dernier n'ayant que vocation, soit à s'inscrire dans celle du contenu du droit de propriété³⁷, qui ne diffère pas en droit pénal et en droit civil³⁸, soit à s'inscrire dans celle de l'élément matériel de chaque infraction³⁹, ce qui paraît exclure l'existence d'une véritable notion, commune à différentes infractions.

³⁶ V. par ex. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n° 68, p. 88-89 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n° 513, p. 295.

³⁷ V. par ex. S. CIMAMONTI qui, dans sa préface à l'ouvrage précité de D. AUGER, justifie ainsi l'approche choisie par l'auteur : « Délaissant volontairement, parce que trop restrictive, l'approche (attendue ?) privilégiant l'intervention du droit pénal en fonction de l'objet du droit de propriété, cette dernière préfère raisonner sur le contenu du droit » (nous soulignons). L'auteur s'en justifie à son tour (n° 15, p. 30) : « l'objet du droit de propriété ne se conçoit qu'en considération des pouvoirs qui sont susceptibles de s'exercer sur lui ; [...] le " bien " n'est, pour ainsi dire, qu'une conséquence de la définition de l'essence du droit de propriété ». – Nous ne pouvons souscrire aux affirmations de l'auteur et de son préfacier : l'existence d'un bien est tout autant la conséquence de la réalité, qu'elle soit donnée ou construite, que de la définition de la propriété ; en d'autres termes, un bien est préalablement une chose, et l'espèce de chose qu'il constitue a des incidences sur son régime juridique. C'est, en réalité, seulement parce que l'auteur a choisi de ne pas traiter principalement de *la protection de la propriété par le droit pénal* qu'elle a pu « délaissier » – mais jamais occulter – l'analyse de l'objet. Il ne s'agit alors, à notre sens, que d'une restriction justifiée par le choix de l'objet d'étude, ce dernier laissant donc subsister tant l'intérêt, que la nécessité, d'une étude plutôt centrée sur l'objet de la propriété, c'est-à-dire sur le bien.

³⁸ C'est la conclusion de la thèse précitée, l'auteur posant que le droit pénal ne fait qu'affirmer les caractères essentiels du droit de propriété (1^{ère} partie) et affaiblir ses caractères inessentiels (2^{nde} partie).

- 12 En s'opérant, d'une part, en droit pénal plus promptement qu'ailleurs et, d'autre part, dans le cadre de diverses incriminations à la fois, la dématérialisation des biens incite à remettre en cause l'ensemble de ces postulats. Plus précisément, elle révèle la possibilité de l'existence d'une notion de « bien » particulière au droit pénal, dont elle ne constituerait finalement qu'une modalité. Dans cette optique, il paraît alors nécessaire, avant de décrire ce que représentent spécifiquement les biens incorporels en droit pénal, de consolider l'hypothèse de l'existence d'une notion de « bien » propre au droit pénal.
- 13 **UNE PREMIERE APPROCHE DE LA NOTION DE « BIEN » EN DROIT PENAL.** – Les manuels de droit pénal spécial ne systématisent généralement pas la notion de « bien »⁴⁰. Par définition présente dans toutes les infractions « *contre les biens* »⁴¹, elle est abordée distinctement pour chaque incrimination, la plupart de ces études présentant malgré tout de nombreuses similitudes⁴². Une certaine unité dans l'appréhension de la notion par la doctrine transparaît alors, mais elle ne concerne, en réalité, qu'une énumération empirique de son contenu ; aussi disparaît-elle lorsqu'il s'agit, avec précision, d'en déterminer plus abstraitement, soit plus doctrinalement, la fonction. Dès lors, en ce domaine, ne gouverne pour l'instant qu'une certitude en forme de pléonasme : le bien est un objet. Objet de la soustraction⁴³ ou du détournement⁴⁴, il est également l'objet de la remise⁴⁵, voire, par assimilation congrue de l'infraction à son élément matériel, et de la propriété au bien qu'elle représente, objet de l'infraction elle-même. Faut-il, ainsi, se contenter de l'existence de ce catalogue et, partant, d'une perception plurielle de la notion de « bien » ?

³⁹ V. par ex. W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », n° 16, p. 4 : « *il est évident que [le concept de chose] doit s'analyser au regard de l'élément matériel du délit qu'est la soustraction. Une chose susceptible de vol est donc une chose qu'on peut soustraire, c'est-à-dire grosso modo enlever, prendre* ».

⁴⁰ V., toutefois, une esquisse non négligeable, par A. VITU : *Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, n° 2201, p. 1790.

⁴¹ Le livre III du Code pénal est, en effet, intitulé « *Des crimes et délits contre les biens* ». Cependant, comme le Code pénal ne contient pas toutes les incriminations, son livre III ne contient pas toutes les incriminations dont l'objet est de protéger la propriété : v. *supra*, n° 10.

⁴² Par exemple, les développements consacrés à la notion de « bien quelconque » dans le cadre de l'infraction d'abus de confiance sont généralement repris, quasiment à l'identique, lors de la présentation de l'infraction d'escroquerie, ou l'inverse ; il existe donc, au moins intuitivement, une notion commune aux deux infractions de « bien quelconque ». – Pour un renvoi assumé, car sans équivoque, v. par ex. P. CONTE, *op. cit.*, n° 573, p. 337 : dans le cadre de l'escroquerie, la formule « bien quelconque », « *identique à celle de l'article 314-1 relatif à l'abus de confiance, doit être interprétée semblablement* ».

⁴³ Art. 311-1 C. pén.

⁴⁴ Art. 314-1 C. pén. ; art. L. 241-3, 4°, et L. 242-6, 3°, C. com. ; art. L. 654-2, 2°, C. com.

⁴⁵ Art. 313-1 et 314-1 C. pén.

14 Bien que chaque incrimination soit constitutive d'un système en soi⁴⁶, il n'est pas certain qu'il soit pertinent de la concevoir, par souci de cohérence autant que de sécurité juridique, comme un système absolument cloisonné. Afin, en effet, que nul ne puisse ignorer les interdits posés par la loi pénale, celle-ci doit demeurer accessible et prévisible, la rigueur des notions juridiques participant fondamentalement de ces impératifs⁴⁷. L'unité détruite ne semble alors pouvoir se refonder que sur un fait invariable, contenu dans le titre même du livre III du Code pénal : le bien est toujours l'objet de l'atteinte ; on a agi « *contre* » le bien. Alliée à l'invariabilité de la présence du bien au sein de chacune des infractions contre la propriété, cette donnée peut permettre de déterminer la fonction du bien en droit pénal.

15 **LA SITUATION DU BIEN AU SEIN DE L'INCRIMINATION : UN ELEMENT CONSTITUTIF ET UN PREALABLE CONSTITUANT.** – L'incrimination est la source de l'infraction⁴⁸ ; avant d'être mise en réserve⁴⁹, elle est déterminée afin de protéger, puis définie afin de sanctionner⁵⁰. En matière d'infractions « *contre les biens* », l'incrimination a pour objet de protéger la propriété, que celle-ci soit perçue comme un mécanisme fondamental du droit ou comme un droit subjectif⁵¹ ; sa définition contient donc, complétant l'injonction constante, souvent implicite – « *il ne faut pas* »⁵² –, tant le substratum de l'intérêt protégé, en l'occurrence le bien, que la forme de l'atteinte qui va être portée à ce dernier et qui, conséquemment, sera prohibée : la soustraction, le détournement ou encore, par exemple, la dégradation. Cette norme de comportement ou, plus prosaïquement, ce devoir, n'est effective qu'à la seule condition qu'elle soit mise en corrélation avec une norme de répression, cette dernière participant même

⁴⁶ En ce sens, v. A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 1, p. 9-10 et n°s 16-17, p. 22-24.

⁴⁷ Le lien entre la prévisibilité et la sécurité juridique est clairement établi, tant par la Cour européenne des droits de l'homme, que par le Conseil constitutionnel, la Cour de justice des Communautés européennes et la Chambre criminelle de la Cour de cassation : v. par ex. Cour EDH, « *Baranowski c. Pologne* », 28 mars 2000, § 52 ; Cons. const., déc. 80-127 DC, 20 janv. 1981, cons. n° 7 ; CJCE, « *Procédures pénales c. X* », 12 déc. 1996, aff. C-74/95 ; Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 56.

⁴⁸ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 300, p. 171.

⁴⁹ « *C'est la règle inerte, telle qu'elle se trouve dans les textes, règle abstraite qu'on ne se préoccupe pas d'appliquer actuellement à un cas réel* » : C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 17.

⁵⁰ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 33, p. 16 : « *Le terme d'incrimination désigne à la fois l'opération de détermination de l'infraction (art. 111-2), et le résultat de cette opération, à savoir la définition de l'infraction (art. 111-3). Cette unicité de terme est naturelle, puisque la détermination postule la définition : on ne peut décider des valeurs pénalement protégées (détermination de l'illicéité), sans préciser la manière dont cette protection sera assurée par le droit pénal (définition de l'illicéité)* ». Ainsi, en droit pénal, illicite et illégal se confondent.

⁵¹ Voir F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 et s.

⁵² Parfois même « *il faut* » : v. C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 18.

déjà, la plupart du temps, de la norme de comportement⁵³ : c'est, en effet, parce que telle action est menacée d'une peine, et que cette peine est en mesure d'être prononcée, que le comportement qui consiste à s'en abstenir constitue un devoir de chacun⁵⁴.

- 16** Une incrimination peut, ainsi, prendre une forme très simple – « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* » ; il « *est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* »⁵⁵ – sans que ne manque pourtant l'un de ses « *éléments* »⁵⁶, intention comprise, d'autant que l'on sait que, même si le texte d'incrimination ne le précise pas, « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »⁵⁷. Mais elle peut également prendre une forme plus complexe, précisant, par exemple, la situation dans laquelle l'acte infractionnel devra s'inscrire. Ainsi, le détournement qui constitue l'abus de confiance ne peut avoir lieu que dans un cadre contractuel ou quasi contractuel, après une manifestation de confiance généralement matérialisée par une remise : celle d'un bien. Par conséquent, quelles que soient l'incrimination et la forme qu'elle emprunte, en matière de propriété, une constante au moins demeure : le bien est assidu dans le texte, invariable dans sa fonction d'objet de l'atteinte. Il ne reste, alors, qu'à savoir le rôle exact qu'il joue au sein de la norme de comportement.
- 17** Le bien apparaît, ni plus ni moins, comme un élément constitutif de l'incrimination : il n'est pas, à proprement parler, le comportement, n'est pas non plus la conscience ou la volonté de ce dernier, or il figure toujours dans le texte et, s'il n'existe finalement pas, il ne peut en principe y avoir infraction⁵⁸.
- 18** En effet, passé le stade de la détermination de l'incrimination, une fois donc décidé que la propriété est une valeur qu'il apparaît, pour différentes raisons, fondamental de préserver au moyen des mécanismes pénaux, il faut définir abstraitement, mais avec précision, la forme

⁵³ C. LOMBOIS, notamment, dissocie « *norme de comportement* », qui « *établit l'interdit pénal* » (*op. cit.*, p. 17), et « *norme de répression* », « *qui s'applique dans la seule hypothèse de violation de la norme de comportement* » (*op. cit.*, p. 20). – V. également B. OPPETIT, « Les incertaines frontières de l'illicite », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 13 et s.

⁵⁴ Voir C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 7 : « *C'est puni parce que c'est défendu* » ; p. 12 : « *C'est défendu parce que c'est puni* ».

⁵⁵ Art. 311-1 et 311-3 C. pén.

⁵⁶ V. l'art. 111-3 C. pén. : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* » (nous soulignons). – Voir J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 269.

⁵⁷ Art. 121-3 C. pén. – Il existe cependant des infractions non intentionnelles, pour lesquelles la faute prend alors la forme d'une imprudence ou d'une négligence.

⁵⁸ Sauf à admettre de réprimer une infraction (impossible) dont la tentative n'est même pas envisageable, faute d'élément qualifiant : v. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 338, p. 193. – Cela ne semble toutefois pas toujours arrêter la Cour de cassation : v. par ex., pour la répression d'une tentative d'entrave à IVG en l'absence d'IVG, Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 168.

des atteintes à sanctionner. Cet impératif de précision est inhérent au principe de légalité, tel qu'il a été conçu par la modernité⁵⁹ et tel qu'il est entretenu par la contemporanéité, par le biais des différents contrôles de la loi⁶⁰ : on ne sanctionne pas, ainsi, toutes les atteintes portées à la propriété, mais on réprime celles qu'un texte a, au préalable, spécialement envisagées. De la sorte, la répression s'opère sans arbitraire et, par là même, dans le respect du principe de sécurité juridique⁶¹. Or, la première étape de l'opération de définition concerne nécessairement l'objet de l'atteinte.

- 19** La définition d'une incrimination débute, avec constance, par l'objectivation de l'intérêt à protéger. Une atteinte ne peut, en effet, être matériellement ou juridiquement portée à la propriété, que par le truchement de l'objet sur lequel elle s'exerce, c'est-à-dire le bien. Si l'on préfère, le droit pénal mobilise alors, par nécessité, la propriété telle qu'elle est entendue objectivement⁶². Le bien devient ainsi, au-delà de l'objet de propriété qu'il représente, à la fois, la cible et le support de l'atteinte pénale. La rupture de son intégrité – au sens large –, que provoque immédiatement l'atteinte, démontre par corrélation que l'intérêt a été frappé. Ce n'est donc qu'en considération de ce support objectif, et non plus directement de la valeur protégée, que va être définie, lors d'une seconde étape, la forme de l'atteinte, ce que l'on appelle traditionnellement, mais sans doute trop restrictivement, l'« élément matériel » de l'incrimination. La définition s'affine alors, donnant à l'incrimination une véritable spécificité qui, partant, la justifie. Mais il ne faut pas, pour autant, oublier qu'une discrimination s'est déjà opérée dès la première étape, le bien ne figurant que dans le corps des incriminations dont le but est de préserver la propriété. Ainsi, l'objet de l'atteinte des infractions du livre II du Code pénal⁶³ semble, par exemple, emprunter une forme différente : celle du corps, substratum traditionnel de la personne, ou celle d'un autre élément pouvant incarner la personnalité, tel le domicile⁶⁴. Revenant au droit pénal de la propriété *stricto sensu*, il ressort de ce qui précède que le bien a, au sein de l'incrimination, une double nature : élément

⁵⁹ Voir J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, Paris, p. 12 : « En matière criminelle où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence ».

⁶⁰ V. par ex. Cour EDH, « *Sunday Times c. Royaume-Uni* », 26 avr. 1979, § 49 ; Cons. const., déc. 99-421 DC, 16 déc. 1999, cons. n° 13 ; CJCE, « *Rechnungshof* », 20 mai 2003, aff. C-465/00.

⁶¹ Sur les dangers d'une pénalisation en dehors de tels cadres, v. O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 43, LGDJ, 2008.

⁶² La propriété est, en effet, tout autant objective que subjective : v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 163, p. 259.

⁶³ « *Des crimes et délits contre les personnes* ».

⁶⁴ V. art. 226-4 C. pén. : « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

constitutif propre et préalable constituant de l'élément matériel, tel qu'il est traditionnellement entendu.

- 20** Il reste à préciser, sur ce point, que l'atteinte pénale portée à la propriété à travers le bien ne peut être qu'une « *appropriation frauduleuse* »⁶⁵, celle-ci étant susceptible, comme l'implique la seule notion de « bien », de prendre différentes formes. Doter une chose du régime juridique de propriété, c'est-à-dire la qualifier de « bien » au sens du Code civil, permet en effet, tout à la fois, de la protéger et d'autoriser son commerce juridique. C'est en cela que l'atteinte subie par la propriété peut, par exemple, se matérialiser en une simple soustraction de la chose, alors même que la victime n'aurait jamais pris le risque de faire circuler son bien juridiquement. Mais l'atteinte peut, tout autant, prendre des formes plus subtiles, par exemple lorsque le propriétaire a volontairement – mais provisoirement – distribué une partie de sa propriété, en confiant un usage de son bien à un tiers, ou lorsqu'il y a involontairement renoncé à la suite d'une tromperie. L'atteinte pénale est donc susceptible d'intervenir dans la plupart des situations de disposition d'un objet de propriété. C'est pourquoi il est nécessaire que plusieurs textes envisagent et précisent les différents cadres dans lesquels peut juridiquement s'inscrire un bien, avant même de décrire l'acte délictueux qui, la plupart du temps, ne fera que s'en déduire. Pour reprendre notre premier exemple, celui qui va frauduleusement au-delà de l'utilisation du bien qui lui a été consentie par un propriétaire commet un détournement, ce dernier constituant l'infraction de l'article 314-1 du Code pénal.
- 21** Le point d'appui de l'ensemble de ces incriminations demeure donc, encore et toujours, le bien seul, car la considération de sa situation juridique ne permet, en réalité, que d'aller vers plus de précision dans la qualification de son statut juridique. Le bien peut, en sus de son assujettissement à l'un par un lien de propriété, être l'objet du droit d'un autre, ce dernier devant constamment garder à l'esprit qu'il ne dispose alors que d'une autorisation précaire. Dans cette conjoncture, l'appropriation frauduleuse ne prend pas la forme d'une simple emprise de la chose d'autrui, soit d'un vol, mais de l'emprise de la chose confiée par autrui, soit d'un abus de confiance. Chaque incrimination se bâtit ainsi à partir d'une soustraction particulière qui, intellectuellement, n'en reste pas moins une soustraction⁶⁶. La spécialisation

⁶⁵ Titre I^{er} du livre III du Code pénal : v. *supra*, n° 10. – Le titre devrait certainement comprendre plus d'incriminations qui, ainsi, ne se distingueraient que des atteintes purement matérielles portées aux objets de propriété, – qui n'en restent pas moins, en première analyse, des atteintes portées à la propriété.

⁶⁶ Comp., par ex., J.-B. DENIS, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 21, LGDJ, 1977, p. 205 : « *L'incrimination de vol peut [...] apparaître comme une incrimination générale par rapport à celle de l'infraction spéciale d'abus de confiance, il sera ainsi possible d'appliquer les peines du vol quand l'abus de confiance n'est pas réalisé en raison de l'absence de l'un des*

légale des appropriations frauduleuses est, en effet, un produit de la modernité, tant parce qu'il a paru nécessaire de s'adapter aux évolutions incessantes du commerce juridique⁶⁷, pour lequel l'essor de l'immatériel constitue une forme de paroxysme, que parce que, comme il a déjà été souligné, telle est l'exigence du principe de légalité. De surcroît, d'un strict point de vue pratique, la prise de conscience de ce lien originel et constant entre les incriminations dont l'objet est de protéger la propriété permet et impose alors d'appliquer le principe « *specialia generalibus derogant* ».

22 De l'élément-objet se déduit donc toujours, dans la définition de l'incrimination, l'élément-acte, fût-ce par l'intercession d'une situation. Ce constat n'est, d'ailleurs, pas démenti par un rapide examen de l'élément moral, dernier élément constitutif de l'incrimination. L'intention, volonté consciente de l'acte frauduleux, ne peut véritablement être tendue vers le résultat de cet acte qu'en considération de l'objet qu'il vise : il n'y a pas vol, par exemple, lorsqu'une personne s'empare d'un bien en pensant qu'elle en était le véritable propriétaire⁶⁸. De même, en matière d'infractions non intentionnelles, où tout est affaire de causalité, seules les répercussions de l'acte sur l'objet permettent, finalement, de constater la constitution de l'infraction. Par conséquent, en amont, l'objet a déjà pris une acuité particulière au sein du texte d'incrimination. Ainsi, bien que cela n'apparaisse pas clairement, l'élément moral de chaque incrimination se définit également par circonspection envers l'élément-objet.

23 LA SITUATION DU BIEN AU SEIN DE L'INFRACTION : UNE PARTIE DE L'ELEMENT MATERIEL. –

L'infraction est la source de la responsabilité pénale⁶⁹. Une fois constituée juridiquement et constatée judiciairement, elle met l'incrimination en action⁷⁰, conduisant par là même son auteur à une sanction pénale. Indépendamment du fait que ce constat doive, parfois, être

contrats énumérés à l'article 408 [du Code pénal de 1810] et encore que la nullité du contrat ne puisse soustraire l'auteur du détournement à l'application de la peine de l'article 408 [...] ».

⁶⁷ Voir D. CIOLINO-BERG, « Vol d'informations sur l'Internet », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. n° 28, p. 22 : « A chaque évolution de la société correspond une notion précise de vol. La société industrielle luttait contre le vol d'objets corporels. Le développement de la société de service avait ensuite entraîné l'apparition de vols de services, réprimés sous la qualification de filouterie. La société de l'information pourrait à son tour engendrer le développement du vol d'information ».

⁶⁸ V. par ex. Cass. crim., 17 oct. 1806, *Bull. crim.*, n° 158 ; Cass. crim., 3 oct. 1914, *Bull. crim.*, n° 148 ; Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165.

⁶⁹ Voir R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1997 (3^{ème} éd.), n° 383, p. 503. – Contra, A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 23, LGDJ, 1982, n° 264, p. 273 : « L'infraction pénale est en réalité l'objet de la responsabilité pénale ».

⁷⁰ C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 45 : « C'est la règle effectivement applicable à une infraction concrètement déterminée. Dans la collection inerte des normes pénales en attente, il faut la choisir, pour qu'un "fait punissable" corresponde à un schéma normatif ».

nuancé⁷¹, il apparaît en tous les cas, qu'à ce stade, la notion de « bien » ne trouve plus vraiment sa place au sein d'un processus désormais purement répressif ; la norme ainsi mise en œuvre « *ne sert [effectivement] plus à défendre la propriété, mais à punir le voleur* »⁷². Pour autant, la promotion de la norme de pénalité contenue par l'incrimination n'est, en réalité, que la conséquence de la réunion des éléments constitutifs de l'infraction correspondante. Or, parmi ces derniers, lorsqu'une atteinte a pénalement été portée à la propriété, figure nécessairement le bien. Simplement, celui-ci quitte alors la forme notionnelle, purement abstraite, qu'il revêtait au sein de l'incrimination, pour revêtir celle, au sein de l'infraction, d'une chose déterminée et concrète, à laquelle une atteinte consciente et volontaire a directement été portée. Il devient donc, en somme, une partie de l'infraction.

- 24 La violation de la norme pénale se manifeste comme une « *méconnaissance, matérialisée et consciente, de l'interdit pénal* »⁷³, que les auteurs qualifient didactiquement de réunion des éléments matériel et moral. A ce schéma classique, on a pu reprocher – sans doute sous l'influence de l'Ecole allemande⁷⁴ – une trop grande simplicité. Dès lors, pour certaines infractions, voire pour toutes⁷⁵, existeraient à côté des éléments proprement constitutifs des « *conditions préalables* »⁷⁶ – « *domaine dans lequel l'infraction se peut commettre* »⁷⁷ –

⁷¹ La sanction concrètement subie par le délinquant est, la plupart du temps, fort éloignée de celle qui est abstraitement posée par le texte, l'auteur d'une infraction pouvant même bénéficier, parfois, d'une dispense de peine : v. par ex. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^{os} 531 et s., p. 301 et s.

⁷² C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, coll. Précis, Dalloz, 1979 (2^{ème} éd.), n^o 207, p. 229. – Il ne faut cependant pas oublier que, même si elle ne paraît postuler qu'un châtement, la répression « *vise à la rétribution, à la réadaptation du délinquant, mais aussi à l'intimidation* » (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^o 446, p. 258).

⁷³ C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 55.

⁷⁴ Qui ne répugnait pas, par souci de réalisme, à dégager des éléments en nombre. V. par ex. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, t. II, partie spéciale, Ed. V. Giard et E. Brière, 1913 (texte de la 17^{ème} éd. de 1908, traduite par R. LOBSTEIN).

⁷⁵ W. JEANDIDIER, séduit par la théorie, propose de l'appliquer à toutes les infractions : v. *Droit pénal des affaires*, coll. Précis, Dalloz, 2005 (6^{ème} éd.), n^o 13, p. 17 ; également en ce sens : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.), n^o 186, p. 194-195 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, thèse, Lyon III, 2006, n^{os} 1, 2 et s., p. 1 et s. – *Contra*, C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 47 : les conditions préalables « *n'apparaissent que dans la définition de certaines infractions* ».

⁷⁶ L'expression notoire est de Robert VOUIN ; elle apparaît dès la première édition de son *Précis de droit pénal spécial* (Dalloz, 1953) au numéro 2, pages 2 et suivantes : « *Certains des éléments requis par la qualification, s'ils conditionnent aussi bien que les autres l'application de la peine, doivent cependant apparaître en bonne analyse comme la définition du domaine dans lequel l'infraction se peut commettre. Ainsi, l'abus de confiance suppose tout d'abord l'un des contrats énumérés au code ; mais ce contrat est au fond une condition préalable de l'infraction, par opposition au détournement, qui est l'acte proprement constitutif de l'abus de confiance* ». – Pour un compte-rendu fidèle de la théorie : v. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.*, 28 déc. 1972, 2, doct. p. 726 et s. ; pour un développement de la théorie, v. B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *op. cit.*

⁷⁷ R. VOUIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

neutres pénalement et, en cela, figuratives pour le juge pénal⁷⁸. Cette théorie s'est, de surcroît, précisément construite en considération de certaines infractions « *contre les biens* »⁷⁹, et ses partisans perçoivent, en ce bien notamment, soit l'une de ces conditions préalables, soit la condition unique. Ainsi, alors que le bien représenterait, par exemple, le cadre entier de l'incrimination de vol, il ne serait qu'une partie de celui de l'incrimination d'abus de confiance.

- 25** Rien ne semble pourtant permettre, dans la théorie de l'infraction, de qualifier une condition de neutre ou de préalable. Lorsqu'il y a infraction, c'est-à-dire lorsque sont réunis les éléments constitutifs de cette dernière, plus rien n'est pénalement neutre : le texte trouve application pour sanctionner ; l'objet a reçu une atteinte ; l'acte a porté cette atteinte et l'intention s'est, du même coup, matérialisée. Au contraire, avant qu'il y ait infraction, aucune de ces différentes fractions du futur agrégat infractionnel n'est, en soi, véritablement pénal, si ce n'est peut-être le texte⁸⁰, qui n'est alors qu'en réserve. Ainsi, s'il existe un préalable à l'infraction, c'est le texte, et le texte seul. Indépendamment de la réunion de l'ensemble des éléments constituant cumulativement l'infraction, l'existence isolée de l'un quelconque d'entre eux, son antériorité par rapport aux autres, importent peu. En d'autres termes, chaque élément peut être un préalable sans qu'il soit utile d'en faire l'un de ses caractères : il peut y avoir un acte seul ; il peut exister une intention isolée ; il ne peut aussi y avoir qu'un bien. Il n'y a alors pas infraction. Il n'existe par conséquent pas, à proprement parler, de condition préalable à l'infraction.
- 26** En revanche, certains événements d'apparence extrapénale sont effectivement pris en compte par la loi pénale, devenant ainsi des faits juridiques⁸¹, afin que puisse se mettre en place la situation constitutive de l'infraction. Concrètement, il s'agit d'installer juridiquement le bien dans une posture dans laquelle il va être appropriable frauduleusement. Cependant, de tels faits ne peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de l'infraction. Encore faut-il préciser l'affirmation : établis par la loi pénale, parfois même novés pour les besoins de la répression, ils ne sont aucunement de nature extrapénale. A titre d'exemple, en matière d'abus

⁷⁸ Voir Y. MAYAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁹ Notamment à partir de l'abus de confiance : v. R. VOUIN, *op. cit.*, n° 56, p. 54 : « Cette définition [celle de l'article 408 du Code pénal de 1810] fait apparaître six éléments constitutifs, ce qui manifeste la complexité de l'infraction. Mais il est possible de distinguer parmi ces éléments ceux qui sont en réalité requis comme conditions préalables, limitant le domaine de l'infraction, et ceux qui définissent l'acte délictueux proprement dit ».

⁸⁰ Il paraît, en effet, incongru de qualifier une incrimination de neutre pénalement.

⁸¹ Voir G. CORNU, *Introduction au droit*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n° 134, p. 77 : « C'est un fait que la loi prend en considération pour y attacher un effet de droit ».

de confiance, la remise préalable au détournement n'est examinée par le juge pénal que parce que l'incrimination y fait expressément référence et, s'il s'agit d'un contrat, elle l'est alors en tant que fait juridique, et non en tant qu'acte juridique⁸². Ce n'est donc pas la nature, mais l'inconstance de ces faits, qui paralyse leur considération en tant qu'éléments constitutifs : leur existence n'est, en effet, pas indispensable à la réalisation de l'infraction⁸³. Pour cette même raison, ils ne peuvent notamment pas être utilisés comme « *faits constitutifs* » localisateurs de l'infraction⁸⁴.

- 27 Le bien, composant non contingent de chacune des infractions contre la propriété, n'en incarne donc pas une « condition préalable », mais soit un élément constitutif propre, soit une partie d'un élément constitutif. Dans la même optique, le vol, qui ne se définit et ne se réalise que par le biais d'une soustraction frauduleuse, c'est-à-dire d'une atteinte brute portée au bien d'autrui, ne nécessite aucune « condition préalable ». Ce dernier concept ou, du moins, les faits juridiques pénaux ainsi classiquement désignés, permettent alors simplement d'instaurer une spécialisation au sein des incriminations et, partant, d'assurer l'impératif de précision de la loi pénale⁸⁵. Le bien ne constitue pas un élément parmi d'autres d'une telle spécialisation mais, au contraire, son pôle de rattachement ; la spécialisation s'opère autour du bien. C'est pourquoi, au stade de l'infraction, où ces faits juridiques se teintent de relativité, le bien demeure, occupant une place aussi essentielle que celle de l'atteinte ou de la faute.
- 28 L'infraction est la réalisation matérielle d'une intention frauduleuse ou d'une faute non intentionnelle, telle qu'elle a été prévue abstraitement par un texte d'incrimination. Or, cette matérialisation s'entend nécessairement de la rencontre entre un acte et un objet⁸⁶, à défaut de quoi elle serait ineffective et, conséquemment, imperceptible par quiconque. Pour qu'une

⁸² C'est pourquoi, nonobstant l'affirmation peu explicative d'une « autonomie du droit pénal » et contrairement à la jurisprudence – contestable et antinomique – de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la preuve du contrat dans l'abus de confiance devrait obéir aux règles qui régissent les faits juridiques (en ce sens, v. notam. P. CONTE, *op. cit.*, n° 549, p. 319), d'autant que la Cour de cassation pose, avec constance, que la nullité du contrat ne paralyse pas sa prise en compte (v. par ex., pour un contrat de mandat, Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233).

⁸³ V. par ex., pour des abus de confiance sans remise, Cass. crim., 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 197 : sanction d'un vendeur qui, avant d'avoir livré la chose cédée, l'a vendue à une autre personne ; Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : sanction d'un salarié qui, ayant créé un projet dans le cadre de son travail, l'a cédé à un autre que son employeur, sans l'accord de ce dernier.

⁸⁴ Art. 113-2, al. 2, C. pén. : « *L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ».

⁸⁵ V. *supra*, n°s 18 et s.

⁸⁶ Comp. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 302, p. 173 : « *Le cadre dans lequel se déroule l'infraction est partie intégrante de l'incrimination, qui, à défaut, est inconcevable. En conséquence, ces composantes objectives de certaines incriminations figurent dans l'élément matériel* ». Il faut donc percevoir l'élément matériel, tant pour l'incrimination que pour l'infraction, au-delà de l'acte.

infraction « *contre les biens* » soit constituée, il faut ainsi qu'une personne s'empare d'un bien, fût-ce de façon dissimulée ou éphémère, et fût-ce de façon plus intellectuelle que physique : « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁸⁷, rien de moins. Le bien participe donc fondamentalement de la matérialité de l'infraction, de son caractère objectif. Stigmate logique de cette inscription, le résultat matériel de l'infraction est, la plupart du temps, le déplacement de la chose appropriée frauduleusement.

29 Le bien est donc une partie de l'élément matériel aux stades de l'incrimination puis de l'infraction. L'évolution du bien, sa dématérialisation, aura alors des répercussions tant sur l'élément légal que sur l'élément matériel, preuve, s'il en était encore besoin, de l'acuité particulière de la question en droit pénal.

30 LES ENJEUX DE L'INTERROGATION SUR LES BIENS INCORPORELS EN DROIT PENAL. – La conception pénale du bien ne se pose pas en contradiction avec la notion civile classique, qu'elle complète au contraire d'un point de vue fonctionnel. Aux diverses utilités, matérielles et juridiques, procurées par le bien, il faut ajouter cette fonction proprement pénale, très particulière en ce qu'elle sert la société tout autant que le propriétaire. Parallèlement à cela, le bien reste donc cette notion dont rien, exceptée la tradition romaniste⁸⁸, n'impose vraiment la matérialité. Afin d'embrasser l'ensemble des désirs et des besoins objectivables, « *le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction* »⁸⁹. Il s'agit, en effet, d'une part, de regrouper toutes les utilités concevables d'une chose sous une même notion⁹⁰ et, d'autre part, d'intégrer chaque chose utile au sein de cette notion. Ainsi, est un bien toute chose « *qu'il est utile et possible de s'approprier* »⁹¹ ; préalablement, est une chose « *tout ce qui est inanimé* »⁹², soit tout ce qui est susceptible de devenir un objet de droit. La seule limite de la notion de « bien » réside donc dans la réalité, dont les frontières n'ont jamais correspondu à celles du monde matériel. Reste alors le régime, dont il apparaît, finalement, qu'il n'est pas davantage limité : non seulement, il existe déjà

⁸⁷ Art. 311-1 C. pén. (nous soulignons).

⁸⁸ V. *supra*, n° 6.

⁸⁹ J. CARBONNIER (citant peut-être A. GROTE, *Die Welt der Dinge*, Hambourg, 1948), *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 707, p. 1592.

⁹⁰ Voir R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n° 864, p. 668.

⁹¹ F. ZENATI, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 1997 (2^{ème} éd.), n° 1, p. 13. – Dans la 3^{ème} édition (2008), les auteurs affinent leur définition : « *Constitue [...] un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* » (n° 2, p. 21).

⁹² Littré, V° Chose.

différentes règles applicables aux biens incorporels⁹³, mais surtout, l'une des fonctions du régime d'un bien est, précisément, de s'adapter à la nature de la chose qu'il constitue en première analyse.

31 De tout cela, il ressort que le droit pénal est, au moins théoriquement, apte à recevoir l'immatérialité à travers la notion de « bien » et, inversement, que l'immatériel est de nature à contribuer à l'étude de la notion de « bien » en droit pénal, en éprouvant celle-là et celui-ci de concert. Rien ne s'opposant abstraitement, ainsi, à ce qu'existent et se développent des biens incorporels en droit pénal, encore faut-il déterminer exactement ce que désigne cette notion.

32 L'IMMATERIEL, L'INCORPOREL, L'INTELLECTUEL, LE VIRTUEL ET LE BIEN. – Se pose, tout d'abord, le problème de l'existence de deux vocables pour désigner une réalité commune : s'agit-il, en effet, d'« immatériel », d'« incorporel », ou faut-il percevoir ces deux substantifs, du point de vue du droit, comme de véritables synonymes ? Selon le *Littré*, est immatériel ce « *qui est sans matière* », et est incorporel ce « *qui n'a point de corps* »⁹⁴. Laissant de côté les préfixes négatifs « im » et « in » qui, en tant que dénominateur commun, ne contribuent pas à différencier les deux mots, c'est donc seulement par la comparaison de la matière et du corps, soit par ce qui constitue la substance de ces vocables, que leur distinction peut être envisagée. Certains pensent, ainsi, qu'« *une chose incorporelle n'est pas nécessairement immatérielle* », et dressent en conséquence la classification suivante : « *une inscription électronique est matérielle et incorporelle ; l'électricité est un bien matériel et incorporel ; un droit est incorporel et immatériel ; une œuvre de l'esprit est incorporelle et immatérielle* »⁹⁵. D'autres, plus nombreux, emploient indistinctement les qualificatifs « incorporel » et « immatériel » pour désigner les mêmes biens, s'accordant cependant pour exclure de cette catégorie certaines choses parfois qualifiées comme telles, principalement les différentes formes d'énergie appréhendées par le droit⁹⁶. D'autres, enfin, réduisent l'incorporel et l'immatériel à peau de chagrin, limitant par là même l'intérêt de leur distinction, en assimilant tout bien à

⁹³ V. par ex. art. 1689 et s. C. civ. : « *Du transport des créances et autres droits incorporels* ».

⁹⁴ *V^{is}* Immatériel, Incorporel.

⁹⁵ A. RAYNOUARD, « Les caractères généraux des biens incorporels », in *La propriété au service du développement économique*, colloque des 15-16 nov. 2004, Shanghai, publié sur le site du Centre sino-français de Formation et d'Echanges notariaux et juridiques à Shanghai (*cnfr-notaire.org*). – Adde J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, chron. p. 233, n° 27 : « *Les énergies et l'information appartiennent à la réalité matérielle et incorporelle du monde* ».

⁹⁶ V. *supra*, n° 3.

son support, et en percevant la matérialité jusque dans l'écriture⁹⁷. Il faut alors éclaircir la relation entretenue entre la matière et le corps.

- 33 La « matière » se définissant, essentiellement, comme « *tout ce qui se touche et a corps et forme* »⁹⁸, et le « corps », notamment, comme « *ce qui fait l'existence matérielle d'un homme ou d'un animal, vivant ou mort* »⁹⁹, il semble, sans qu'il s'agisse d'équivalence sémantique, – donc de synonymie –, que les sens de ces deux mots soient étroitement liés. Dans le domaine de la physique, borné par les lois de la nature, le corps constitue, précisément, « *une portion de matière qui forme un tout distinct* »¹⁰⁰. Ce n'est, dès lors, qu'en raison de la polysémie des deux vocables, dont les appartenances peuvent être très diverses, qu'une distinction plus radicale s'envisage. Principalement, si, dans le monde de l'inanimé, le corps ne se différencie de la matière qu'en ce qu'il représente une entité, soit « *une existence considérée comme distincte et indépendante de la chose* »¹⁰¹ qu'elle constitue, tel n'est pas le cas lorsqu'il est associé à l'âme qui en fait, au sein de la matière, une chose sacrée¹⁰², voire, au-delà de la matière, un – autre – univers en soi¹⁰³. Le corps humain, ainsi expulsé du monde des choses, peut, par exemple, être le support d'un dommage propre, qualifié « corporel », que les juristes différencient classiquement du dommage « matériel », supporté par les choses, et du dommage « moral », subi par la personne à travers ses sentiments¹⁰⁴. Toutefois, la particularité du corps humain n'est alors due qu'à son animation ou, plus exactement, au lien ontologique qu'il entretient avec l'âme de la personne dont il constitue le substratum¹⁰⁵. Ce corps reste en effet, en première analyse, une portion de matière, seul ce rapport d'individu à genre discriminant véritablement le corps de la matière. Par conséquent, un bien corporel est

⁹⁷ Voir D. R. MARTIN, *op. cit.*, p. 47 et s. ; « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.*, 1998, p. 15 et s. ; « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.*, 2001, p. 1228 et s. ; « Du corporel », *D.*, 2004, p. 2285 et s. ; « La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2005, p. 1702 et s. ; J. DEVEZE, « A propos de l'évolution des " délits contre les biens " », *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 363 et s.

⁹⁸ *Littré*, V^o Matière.

⁹⁹ *Littré*, V^o Corps.

¹⁰⁰ *Dictionnaire de l'Académie française*, V^o Corps, II, 2.

¹⁰¹ *Littré*, V^o Entité.

¹⁰² V. par ex. E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, thèse, Toulouse I, 2002, n^{os} 168 et s., p. 251 et s.

¹⁰³ Voir surtout, sur ce point, les recherches et opinions de F. NIETZSCHE, analysées notamment par P. GRANAROLO : « Dans le corps l'univers », in *Le corps* (dir. E. Detape), Ed. Bréal, 1992. – La vision la plus juste est, peut-être, celle de B. PASCAL : « *L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature, mais c'est un roseau pensant, [...]* » (*Pensées*, t. I, Ed. A.-A. Renouard, 1812, texte de 1670, p. 188).

¹⁰⁴ V. par ex. art. 3 C. proc. pén. : « *L'action civile [...] sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite* ». – Le dommage corporel est, des trois, le plus sévèrement réprimé par la loi, donc le plus grave aux yeux du législateur.

¹⁰⁵ Voir J. CARBONNIER, *Les personnes*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 21^{ème} éd. refondue, 2000), n^o 196, p. 381

nécessairement un bien matériel, et inversement, d'autant plus que, depuis la prohibition de l'esclavage, tout objet de propriété ressortit à l'inanimé. Corrélativement, un bien incorporel est nécessairement immatériel, et inversement. Il reste que, simplement, un bien constituant toujours une entité appropriée¹⁰⁶, sans doute faut-il préférer les qualificatifs « corporel » et « incorporel » pour désigner les biens, et garder la « matérialité » et l'« immatérialité » comme qualifications de phénomènes plus généraux. C'est, d'ailleurs, bien souvent l'usage en doctrine. Cependant, pour l'ensemble des raisons qui précèdent, il n'existe aucune contradiction à se référer, d'un côté, à un bien « immatériel » et, d'un autre côté, au phénomène de l'« incorporalité ».

- 34 Se pose, ensuite, la question de la réalité exactement signifiée par ces deux vocables : un bien incorporel se résume-t-il à un bien que l'on ne peut toucher ? Que l'on se réfère, en effet, à la matière, « *substance qui, produisant sur nos organes un certain ensemble de sensations déterminées, est étendue et impénétrable* »¹⁰⁷, ou au corps, c'est-à-dire à « *tout ce qui frappe nos sens par des qualités spéciales* »¹⁰⁸, il appert que le propre de l'immatérialité est, à l'opposé de ces définitions, l'impalpabilité ; les sens achoppent à saisir seuls les choses sans corps. Il y aurait là, par conséquent, un critère sûr d'identification des biens incorporels, si la science n'avait pas, entre-temps, révélé l'existence de particules élémentaires, inhérentes à la matière et pourtant insaisissables par tout homme sans instrument adapté¹⁰⁹. Bien qu'il reste alors, malgré tout, une différence incontestable entre ce qui demeure à jamais intangible, au sens propre, et ce qui peut être atteint, par exemple par le truchement d'un microscope, il semble qu'il soit préférable, à l'invitation d'un auteur, de changer de paradigme : « *il apparaît [effectivement] plus exact, à l'échelle humaine, de diviser le monde en esprit et matière. Et d'inverser la proposition classique en posant qu'est corporel tout ce qui n'est pas pur esprit, produit séraphique de la pensée, et incorporel tout ce qui n'est pas de l'ordre du matériel* »¹¹⁰. Cependant, force est finalement de constater que, à l'encontre des apparences ainsi décrites, aucune véritable inversion ne se produit : la réalité, présentée de la sorte, se compose inexorablement de l'addition d'un monde sensible et d'un monde intelligible, un tel

¹⁰⁶ V., en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 2, p. 21.

¹⁰⁷ Littré, *V° Matière*.

¹⁰⁸ Littré, *V° Corps*.

¹⁰⁹ Voir D. R. MARTIN, « Du corporel », *D.*, 2004, p. 2285, n° 2 ; J. DEVEZE, *op. cit.*, p. 363.

¹¹⁰ D. R. MARTIN, *op. cit.*, p. 2285, n° 3. – Dans le même sens, v. K. TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t. I, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1996 (2^{ème} éd.), p. 1.

dualisme, fruit principalement de la pensée stoïcienne¹¹¹, étant précisément celui qui inspira la classification pragmatique de Gaius¹¹². Plus encore, malgré sa justesse, cette assimilation de l'immatériel à l'intellectuel facilite les confusions. En premier lieu, certains ont cru percevoir en l'écriture, simple système de représentation de la pensée, une matérialisation de cette dernière¹¹³. En second lieu, la propriété « intellectuelle » a, en se réservant le monopole des biens corrélativement dits « intellectuels », donné l'illusion, si ce n'est d'un apanage, du moins d'une suprématie dans le domaine de l'immatériel¹¹⁴. Ces erreurs ou approximations sont révélatrices : d'une part, même s'il existe, désormais, de nombreux biens incorporels en dehors du Code de la propriété intellectuelle, ceux-ci partagent avec les « *œuvres de l'esprit* »¹¹⁵ une identité de nature, leurs caractères construits et abstraits les discriminent des autres choses, naturelles et concrètes ; d'autre part, tout bien immatériel nécessite, pour être perceptible, d'être représenté par le biais d'un support. Pour autant, l'incarnation d'un bien immatériel n'annihile pas son individualité.

- 35** La nécessité du support dans l'appréhension d'un bien incorporel conduit souvent les auteurs à considérer, parce que le bien n'accède à son effectivité juridique qu'à travers son incarnation, qu'il accède ainsi, en réalité, à sa positivité juridique¹¹⁶. Le bien n'existant donc que lorsqu'il est incorporé, il serait, juridiquement, un bien corporel. Ne resteraient alors que les droits, « *biens incorporels absolus* »¹¹⁷, pour constituer une catégorie dont on se demande

¹¹¹ V. par ex. SENEQUE, *Lettres à Lucilius* (traduites par J. BAILLARD), 65, « Opinions de Platon, d'Aristote et des stoïciens sur la cause première » : « Nos stoïciens disent, comme tu sais, qu'il y a dans la nature deux choses, principes de tout ce qui se fait, la cause et la matière. La matière, gisante et inerte, se prête à tout, toujours au repos, si nul ne la met en mouvement. La cause, c'est-à-dire l'intelligence, façonne la matière et lui donne le tour qui lui plaît ; elle en tire des ouvrages de toute espèce. Il faut donc qu'il y ait et la substance dont se fait la chose et l'action qui la fait : celle-ci est la cause, l'autre est la matière. Tout art est une imitation de la nature ; et ce que je disais touchant l'œuvre de la nature doit s'appliquer aux œuvres de l'homme. Une statue a exigé une matière qui souffrit le travail de l'artiste, et un artiste qui donnât à cette matière une figure. Dans cette statue la matière était l'airain, la cause le statuaire. Toute autre chose est dans ces conditions : elle se compose de ce qui prend une forme et de ce qui la lui imprime ».

¹¹² V. *supra*, n° 5.

¹¹³ V. surtout D. R. MARTIN, *op. cit.*, n° 3 et s., p. 2285 et s. ; J. DEVEZE, *op. cit.*, p. 363 et s. – V., à ce sujet, les pertinentes objections d'Hervé CAUSSE, in *Les titres négociables, essai sur le contrat négociable*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 29, Litec, 1993, n° 448, p. 257 : « Historiquement, l'écriture a précédé le papier, elle lui succédera. L'écrit s'oppose à la parole et non au papier ou à toute autre nature servant de support ».

¹¹⁴ Voir C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G.*, 2004, I, 162. Malgré le titre, l'auteur précise, en effet, qu'« il peut être dangereux que la réception de l'incorporel par le droit des biens, suscitée par la propriété intellectuelle, se développe trop en dehors de cette discipline » (n° 12, puis n° 15 et s.).

¹¹⁵ V. art. L. 111-1 et s. C. propr. intell.

¹¹⁶ V. par ex. D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, p. 47 et s., spéc. p. 49, n° 11 : « La valeur mobilière n'accède à la positivité juridique que par sa constatation, sa corporalisation, en écriture ; c'est un droit scriptural ».

¹¹⁷ J. CARBONNIER, *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 713, p. 1605 et s.

à quoi elle pourrait servir, si ce n'est, peut-être, à souligner que les droits sont aussi des biens¹¹⁸. Outre qu'une telle conception paraît jurer avec la réalité, précédemment décrite¹¹⁹, elle procède surtout d'une absence d'analyse de la fonction exactement jouée par le support dans la vie d'un bien incorporel et, corrélativement, de sa nature juridique. Bien au service d'un autre bien, le support s'inscrit, d'un côté, dans un ensemble dont la systématisation n'a pas encore été opérée, au sein des servitudes, des immeubles par destination, ou encore des instruments de paiement, et, d'un autre côté, dans une espèce de biens en constant développement avec la promotion du secteur tertiaire : les services. Comme le révèlent ces analogies, son utilité, fût-elle médiate, fait de lui un véritable bien, autonome de celui qu'il représente ou qu'il véhicule, et parfois protégé à ce seul titre par le juge pénal¹²⁰. Conséquemment, le bien incorporel, représenté ou véhiculé de la sorte, reste, lui aussi, autonome par rapport à son support ; il est, ainsi, un bien que seuls ses caractères immatériels définissent.

- 36** Enfin, se pose le problème des intersections supposées entre l'immatériel et le virtuel. En effet, le « virtuel » constituant ce « *qui est seulement en puissance et sans effet actuel* »¹²¹, il est impossible pour les sens, comme en matière d'immatériel, de le percevoir immédiatement¹²². Dès lors, exception faite de ceux qui excluent, peut-être trop rapidement, le virtuel du réel, en assimilant son inactualité à une irréalité¹²³, beaucoup conçoivent la virtualité comme une forme d'immatérialité¹²⁴. Plus précisément, au-delà de la prise en compte de la virtualité par le droit, en vertu de laquelle, par exemple, des immeubles peuvent

¹¹⁸ V. *supra*, n° 7.

¹¹⁹ Comp. P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, n° 205, p. 57 : « *Si on veut avoir une vision vivante et réaliste du droit des biens, il est utile de distinguer les choses corporelles et les droits incorporels. Chacun sent bien que la propriété d'un fonds de terre, ce n'est pas celle d'un brevet d'invention [...]* ».

¹²⁰ V. par ex. Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126 ; v. D., 2004, somm. p. 2748 et s., note B. DE LAMY ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. MALABAT : sanction du détournement, par un salarié, de l'ordinateur (support) et de la connexion Internet (bien incorporel ainsi représenté) mis à sa disposition par son employeur, pour les besoins de son activité professionnelle.

¹²¹ *Littré*, V° Virtuel.

¹²² Voir M.-A. FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 146.

¹²³ Le réel s'oppose, en effet, plus pertinemment au fictionnel, et le virtuel à l'actuel. – V., toutefois, D. BERTHIER, « Qu'est-ce que le virtuel ? », in *La Jaune et la Rouge*, juin 2007 : « *est virtuel ce qui, sans être réel, possède avec force et de manière pleinement actuelle, les qualités du réel* ». Malgré cette définition, plus conforme, selon l'auteur, à l'étymologie latine du mot, *virtus*, c'est-à-dire « vertu », tous les exemples auxquels il se réfère (reflet du miroir, réalité virtuelle) ne semblent pas vraiment exclure le virtuel du réel mais, plus simplement, faire de lui une réalité construite, artificielle, complémentaire à la réalité donnée, naturelle. De plus, le latin *virtus* désigne, plus précisément, les « *qualités morales* » (*Gaffiot*, V° *Virtus*), principalement de l'homme, qualités qui, partant, non seulement participent de la réalité, constituant même sa substantifique moelle, mais surtout se distinguent seulement, au sein de cette réalité, par leur caractère intellectuel.

¹²⁴ En ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 148.

être juridiquement considérés comme des meubles par anticipation, s'est développé un univers essentiellement informatique, dans lequel évoluent des images et des sons qui répercutent la réalité, ou qui constituent une réalité propre, dite « virtuelle ». Ces informations, qu'elles s'appuient sur la réalité ou qu'elles créent une réalité, s'inscrivent alors au sein d'une autre virtualité, dont le caractère ne réside plus vraiment dans l'absence d'immédiateté, mais dans l'impossibilité de la saisir sans un support adapté¹²⁵. Ce « virtuel » moderne, tout aussi recevable linguistiquement que le « virtuel » désignant le futur certain¹²⁶, à plus forte raison depuis que la pratique l'a massivement consacré dans cette nouvelle acception¹²⁷, participe certainement de l'« immatériel » en ce qu'il appartient également à l'ordre intellectuel et, conséquemment, ne peut être appréhendé qu'indirectement par les sens¹²⁸. Ainsi, tout au plus peut-il finalement prétendre à signaler l'existence, parmi les biens incorporels, de choses appropriées purement électroniques, c'est-à-dire de biens pour lesquels l'ordinateur constitue une interface nécessaire. Malgré cette spécificité d'espèce du virtuel, le genre reste donc l'immatériel ; c'est pourquoi, très classiquement en ce domaine, les auteurs hésitent, en ce qui concerne les « biens virtuels », entre le régime commun de la propriété, et le régime spécial de la propriété intellectuelle¹²⁹.

37 Pour ces deux raisons, c'est-à-dire parce qu'il sont structurellement informatiques et qu'ils présentent un intérêt stratégique pour les spécialistes de la propriété intellectuelle, il est probable que, comme les logiciels¹³⁰, les biens virtuels finissent par connaître le privilège de ressortir à la propriété intellectuelle. Pour le moment, ils partagent le sort de la plupart des

¹²⁵ Dans le même sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *ibidem* : « Il est [...] très important de distinguer une réalité qui ne se donne pas immédiatement à voir et une réalité qui est hors d'atteinte d'une vision. [...] Les difficultés qui naissent de celle-ci sont à la fois nouvelles et spécifiques, tenant au fait que le droit, abstraction sans volume, n'appréhende avec assurance que les choses qui en présentent un ».

¹²⁶ A chaque « virtuel » peut, en effet, correspondre une étymologie propre (v., en ce sens, *Dictionnaire international des termes littéraires*, Ed. Grassin, 2005, V^o Virtuel, par D. BERTHIER) : *virtualis*, vocable scolastique, dérivé de *virtus*, signifiant « puissance » (v. M. VITALI ROSATI, « La virtualité d'internet, une tentative d'éclaircissement terminologique », in *Sens public*, 2009/04) ; *virtus*, mot latin signifiant « vertu » (v. *supra*, note n^o 123).

¹²⁷ V. par ex., au sein d'une littérature luxuriante, P. VAN DEN BULCK, T. VERBIEST, « Jeux vidéo : synthèse d'un cadre juridique naissant », *JCP G.*, 2007, I, 100, spéc. n^{os} 26 et s.

¹²⁸ C'est, précisément, la position de M.-A. FRISON-ROCHE, qui préconise de réserver le terme de virtualité à « la réalité qui ne se donne pas immédiatement à voir », et de lui préférer le terme d'immatérialité lorsqu'il s'agit de « la réalité qui est hors d'atteinte d'une vision » : *ibid.*

¹²⁹ V. par ex. P. VAN DEN BULCK, T. VERBIEST, *op. cit.*, n^o 27. – Sur cette hésitation, de façon plus générale, v. *supra*, n^o 33.

¹³⁰ V. art. L. 112-2, 13^o, C. propr. intell.

autres biens incorporels qui, faute d'originalité suffisante¹³¹, ne peuvent prétendre à une telle protection. Parmi ces biens figurent, principalement et encore peu distinctement, les informations et l'ensemble des produits immatériels de l'activité humaine, à propos desquels le droit pénal de la propriété joue un rôle essentiel. En effet, comme le droit pénal moderne a dû, dès sa détermination, recueillir les meubles, aussi divers qu'ils soient¹³², dont la liberté et la volubilité ont toujours constitué, à la fois, la chance et l'anathème, le juge pénal contemporain a su, par son interprétation, accueillir différents biens incorporels, restant ainsi fidèle à la vocation générale du *furtum*¹³³. Les choses immatérielles préservées de la sorte – valeurs mobilières¹³⁴, numéro de carte de crédit¹³⁵, connexion Internet¹³⁶, ou encore projet établi par un salarié¹³⁷ – partageant également l'hétérogénéité des meubles, il paraît nécessaire, afin de constater le rôle joué par le droit pénal dans ce domaine, d'en esquisser une première typologie.

38 L'ESQUISSE D'UNE TYPOLOGIE DES BIENS INCORPORELS. – Comme il a été précisé plus haut, l'approche systématique n'est pas, en la matière, véritablement coutumière¹³⁸. Pour autant, il semble possible d'établir une *summa divisio* des biens incorporels qui, bien que n'ayant aucune valeur juridique comparable à la distinction des biens corporels meubles et des biens corporels immeubles, aura pour vertu, en revanche, d'embrasser la totalité des choses immatérielles appropriées. A cette fin, les auteurs opposent souvent, non sans pertinence, les droits incorporels aux propriétés – au sens objectif de choses – incorporelles¹³⁹. Ils se fondent avant tout, pour cela, sur la particularité des droits, qu'il s'agisse alors de mettre en avant l'origine ou la nature de ceux-ci : formellement, les droits procèdent du commerce juridique ;

¹³¹ V. par ex. Cass. crim., 7 oct. 1998, *Bull. crim.*, n° 248 : « Attendu que les droits des auteurs sur une oeuvre de l'esprit ne sont protégés au titre de la propriété littéraire et artistique qu'à la condition de présenter un caractère original ».

¹³² V., par ex., le petit musée du juge pénal présenté par W. JEANDIDIER, in *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », n°s 18 et s., p. 5 et s.

¹³³ V. *supra*, n° 21.

¹³⁴ Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *RJDA*, 1996, p. 728 et s., concl. J.-P. DINTILHAC ; *RTD civ.*, 1998, p. 137 et s., obs. F. ZENATI ; *LPA*, 18 nov. 1996, n° 139, p. 7 et s., note C. LASSALAS.

¹³⁵ Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

¹³⁶ Cass. crim., 19 mai 2004, préc.

¹³⁷ Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.

¹³⁸ V. *supra*, n°s 11 et 13.

¹³⁹ V., surtout, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°s 911 et s., p. 1899 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n°s 45 et s., p. 91 et s.

matériellement, ils sont des « *rappor[t]s juridique[s] entre deux personnes déterminées ou déterminables* »¹⁴⁰.

39 A l'invitation d'un auteur, cependant, une classification en vertu de la teneur en matérialité de ces biens paraît également envisageable : il existe, en effet, des « *biens incorporels absolus* »¹⁴¹ et, par contraste avec ces derniers, des biens relativement incorporels. Alors qu'une simple information, par exemple, est la mise en forme d'un fait¹⁴², donc un ajout intellectuel à ce qui s'est déjà produit, un projet, autre exemple de bien incorporel, représente au contraire « *ce que l'on a l'intention de faire dans un avenir plus ou moins éloigné* »¹⁴³, c'est-à-dire un acte exclusivement intellectuel. Agir sur ce qui a été fait et agir pour faire, *ex nihilo*, sont deux choses différentes, provoquant conséquemment des résultats dissemblables. Toutefois, tous les droits n'étant, en définitive, que des abstractions pures et, par là même, des biens absolument immatériels, seules les choses sans corps peuvent, en réalité, être ainsi réparties. Cela étant, une telle distinction n'apparaît pas inutile pour autant, en considération de l'approche essentiellement réaliste du droit pénal qui, s'il reconnaît et protège les droits, même en tant qu'objets de propriété, agit plus activement encore sur les autres choses immatérielles.

40 L'INFORMATION ET L'INFORMATIQUE. – Nul ne doute plus aujourd'hui que, comme l'information peut constituer un facteur de trouble à l'ordre public ou de préjudice pour autrui, elle est susceptible de représenter une richesse pour celui qui l'a produite. Dans cette dernière reconnaissance, qui a conduit à faire de l'information un bien, le juge pénal a joué et joue encore un rôle fondamental¹⁴⁴ : la « *vieille question neuve du vol d'informations* »¹⁴⁵, à

¹⁴⁰ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 46, p. 93.

¹⁴¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°s 712-713, p. 1603 et s. : selon l'auteur, « *ce sont des droits absolument détachés de tout support matériel* ».

¹⁴² Comp. P. CATALA, « La " propriété " de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n° 6, p. 99 : « *L'information est un message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui* ». V. aussi, n°s 10 et s., p. 101 et s.

¹⁴³ Littré, V° Projet.

¹⁴⁴ Les arrêts rendus par la Chambre criminelle en la matière figurent, avec assiduité, en bonne place au sein des études consacrées à la prise en compte par le droit de l'information : v. P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 98, n° 3 ; « La " propriété " de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n° 2, p. 98 ; J. DEVEZE, « Le vol de " biens informatiques " », *JCP G.*, 1985, I, 3210 ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.*, 1985, chron. p. 43 et s. ; « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 507 et s. ; J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 231, n° 15 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, chron. p. 330, n° 4 ; D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 73 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.*,

laquelle s'ajoutent désormais celles de son détournement, de son recel, ou encore de la vertu justificative de certaines de ses utilisations par un salarié¹⁴⁶, continue de se poser avec acuité, sans doute parce que, malgré un contentieux constant depuis une trentaine d'années, aucun arrêt de principe n'a encore été rendu en la matière. Ce silence gêné de la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'explique par la difficulté de rattacher l'information, objet si spécifique, à un régime déjà connu et maîtrisé. La tentation est alors grande, pour la doctrine, soit d'en faire un objet *sui generis* de plus, dont le régime va se construire au cas par cas, soit de l'inscrire, même en tant que valeur, dans un droit spécial de l'informatique¹⁴⁷, ou encore au sein d'un droit précisément consacré à la communication et aux médias¹⁴⁸. Le droit pénal, pourtant, en sanctionnant les appropriations frauduleuses des informations d'autrui, encourage plutôt à chercher du côté de la propriété. De plus, outre que le caractère général de la protection ainsi mise en œuvre jure avec l'inscription d'un tel objet dans un droit spécial¹⁴⁹, on ne peut que constater, quelques trente ans après les premières décisions rendues dans ce domaine, l'échec de la tentative pragmatique. A cela, il faut ajouter, enfin, qu'une information peut être appropriée indépendamment d'un média quelconque, et sans avoir recours à un ordinateur. En revanche, non seulement, la place particulière occupée par l'informatique et par tout autre support de représentation de l'information est révélatrice d'une nécessité propre à la prise en compte juridique de l'immatériel¹⁵⁰, mais surtout, la réception pénale de l'information est l'occasion, en raison de tout ce qu'elle suppose, tant théoriquement que techniquement, d'une réflexion à la fois sur les biens incorporels et sur le droit pénal de la propriété. Il s'agit alors, après avoir constaté cette relation, de l'analyser. Il le faut d'autant plus que, depuis l'essor de biens incorporels autres que l'information, plus éthérés encore, et parfois sans lien avec un domaine faisant l'objet de règles adaptées, il est apparu plus évident

mars 2001, p. 71 et s ; J. DEVEZE, « A propos de l'évolution des " délits contre les biens " », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 359 et s. ; G. BEAUSSONIE, « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Dr. pén.*, 2008, étude n° 19. – V., encore récemment, Cass. crim., 4 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-84002 ; *D.*, 2008, juris. p. 2213 et s., note S. DETRAZ ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. n° 25, obs. J. HUET ; *Dr. pén.*, 2008, chron. n° 10, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », n°s 22-23, obs. A. LEPAGE.

¹⁴⁵ J. DEVEZE, *op. cit.*, p. 360.

¹⁴⁶ V., surtout, Cass. crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 113 et 117.

¹⁴⁷ V. par ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, A. HOLLANDE, *Droit de l'informatique*, Ed. J. Delmas-Masson, 1984 ; A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, coll. Thémis, PUF, 2001.

¹⁴⁸ V. par ex. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, coll. Litec Professionnels, responsabilités et assurances, Litec, 2008 (2^{ème} éd.), n° 1, p. 1 : « *Droit de l'information ? [...] Il [s'agirait] d'étudier le droit ayant directement l'information pour objet, qu'il intervienne soit pour protéger une information lorsque la valeur qui s'y attache permet de la transformer en bien, soit pour sanctionner une information lorsque sa diffusion a causé un trouble à l'ordre public ou engendré un préjudice à autrui* ».

¹⁴⁹ De surcroît, comme le précise un auteur, « *l'application [des incriminations de droit commun] est parcimonieuse à l'égard des médias* » : E. DREYER, *ibidem*.

¹⁵⁰ V. *supra*, n° 35.

que l'approche spéciale, tant des infractions que de leurs objets, devait être remplacée par une réflexion plus compréhensive d'un point de vue matériel, mais plus exigeante d'un point de vue logique. Autrement dit, c'est l'ensemble du droit pénal de la propriété qui doit être éprouvé à l'aune de l'immatériel.

- 41 L'ESSOR DE LA CREATION.** – En reconnaissant l'existence de biens incorporels absolus, c'est-à-dire de pures créations, le juge pénal s'est affranchi de la rassurante loi de Lavoisier, en vertu de laquelle « *rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* »¹⁵¹. Il a, ainsi, sanctionné le détournement, par un salarié, d'un projet de borne informatique établi dans le cadre de son travail, ce salarié ayant disposé du projet « *comme d'un bien propre* », alors que le contrat contenait une clause d'exclusivité au profit de son employeur¹⁵². D'apparence anodine, la figure de l'infraction se dévoilant alors avec évidence¹⁵³, la décision constitue, en réalité, un véritable aboutissement dans la prise en compte pénale des biens incorporels.
- 42** Cette solution confirme, tout d'abord, que la réception pénale des biens incorporels est un choix assumé par le juge pénal. Réitérant, une fois de plus, sa considération pour de tels biens, la Chambre criminelle va même au bout de celle-ci, en paraissant consacrer – la première et, pour l'instant, la seule – la création comme un mode général d'acquisition originaire de la propriété¹⁵⁴, puis en faisant d'une chose détachée de toute assise naturelle ou juridique un bien comme un autre. Cette solution établit, ensuite, l'aptitude du système pénal à s'adapter à n'importe quelle forme de propriété, révélant par là même, à la fois, la fonction de chacun des mécanismes utilisés lors de la mise en œuvre de la protection pénale, et la cause de cette dernière. Elle démontre, finalement, que le droit pénal est capable de régir l'essor annoncé de la valeur.
- 43 L'APPREHENSION DE LA VALEUR PAR LE DROIT PENAL.** – L'économie capitaliste, en « *port[ant] à son paroxysme le principe monétaire* »¹⁵⁵, a donné à la valeur une importance en soi, indépendamment de toute manifestation corporelle, et en a fait l'étalon même de toute

¹⁵¹ Voir A. LAVOISIER, *Traité élémentaire de chimie*, t. I, Cuchet, 1789, p. 140-141 : « *Rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe que, dans toute opération, il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération ; que la qualité et la quantité des principes est la même, et qu'il n'y a que des changements, des modifications* ».

¹⁵² Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. ; *D.*, 2005, juris. p. 411 et s., note B. DE LAMY ; *RTD civ.*, 2005, p. 164 et s., obs. T. REVET ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. MALABAT ; *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 852 et s., obs. R. OTTENHOF ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 179, obs. M. VERON.

¹⁵³ En ce sens, v. B. DE LAMY, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵⁴ Voir T. REVET, *op. cit.*, p. 166 et s.

¹⁵⁵ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 80.

propriété. C'est pourquoi il est certainement vrai que « *le bien patrimonial le plus pleinement incorporel s'appellera finalement valeur* »¹⁵⁶. Encadrement juridique d'un échange en grande partie économique entre les peuples, le droit de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales a ainsi, dans une perpétuelle conscience de cette dernière optique, généré une définition ouverte de l'objet de propriété. Pour la Cour européenne, en effet, « *la notion de biens peut recouvrir tant des biens actuels que des valeurs patrimoniales* »¹⁵⁷. En phase avec les théories de l'économie politique, cette définition est avant tout représentative du « *double développement moderne des responsabilités et des comptabilités* »¹⁵⁸ : le patrimoine des individus est majoritairement composé d'un avoir immatériel, impalpable tant par son origine que par sa versatilité, fruit de la force de travail et de la thésaurisation des revenus, et la protection puissante dont il jouit n'est pas fermée à de nouvelles sources de valeur, issues de réparations ou de compensations en raison du préjudice provoqué par la perte, l'usure ou l'absence de la force de travail¹⁵⁹.

- 44 Le droit pénal, qui accompagne et participe de ce phénomène inéluctable, en protégeant et en identifiant des valeurs, ne se trouve pas dépourvu face à son essor. En premier lieu, il pratique depuis longtemps les techniques de la valeur, qui ne sont pas propres aux biens incorporels, mais à la propriété, et qu'il convient alors seulement de discerner comme telles : la subrogation réelle¹⁶⁰ par exemple, ou encore la fongibilité¹⁶¹. En second lieu, il ne s'agit, lorsque la valeur devient l'objet même de la protection pénale, soit lorsqu'elle est réifiée, que de mettre en œuvre d'autres techniques qui, cette fois, ne sont pas propres à la valeur, mais aux biens incorporels : la représentation essentiellement¹⁶². Les véritables obstacles à la prise

¹⁵⁶ « *C'est, ici, encore, la logique générale de l'évolution des techniques vers la langue des figures, des signes et des nombres, évolution à laquelle n'échappe pas la technique juridique* » : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^{ème} série, Dalloz, 1959, n° 494, p. 166 ; « *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels* », *RTD civ.*, 1958, n° 28, p. 344.

¹⁵⁷ V. par ex., au sein d'un contentieux important, les arrêts rendus par la Cour le 6 oct. 2005 : « *Maurice c. France* », spéc. le § 63, et « *Draon c. France* », spéc. le § 65.

¹⁵⁸ R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 29, p. 344.

¹⁵⁹ Voir P. CATALA, « *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne* », *RTD civ.*, 1966, p. 185 et s. – Adde P. VOIRIN, « *La composition des fortunes modernes au point de vue juridique* », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102 et s. – Dans cette optique, la Cour européenne des droits de l'homme a protégé, dans un arrêt rendu le 29 novembre 1991, « *Pine Valley developments Ltd et autres c. Irlande* », l'« *espérance légitime* » d'une valeur, car c'était « *un élément de la propriété en question* » : v. spéc. le § 51. La solution a été de maintes fois confirmée : v., encore récemment, l'arrêt « *Aon conseil et courtage S.A. et autre c. France* », rendu le 25 janvier 2007, §§ 34 et s.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, l'article 324-1 du Code pénal, qui incrimine notamment, au titre du blanchiment, « *le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* » (nous soulignons).

¹⁶¹ V. par ex. Cass. crim., 17 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 351 : sanction d'un vol de luzernes.

¹⁶² V. *supra*, n° 35.

en compte de la valeur par le droit pénal sont alors ceux, déjà rencontrés, qui constituent la conséquence de l'incorporalité de certaines choses : l'ubiquité, qui rend difficile la localisation d'une appropriation frauduleuse ; l'impalpabilité qui complexifie la recherche probatoire. Tout au plus la valeur aide-t-elle, parce qu'elle incarne le comble de l'immatérialité, à les déceler plus aisément. Dès lors, le seul embarras proprement causé par la valeur lui est originaire : tout étant susceptible de devenir valeur, jusqu'à la personne humaine qui, à travers certains de ses attributs, est partiellement entrée dans le commerce juridique, « *le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur* »¹⁶³. Il y a là, pour le droit pénal notamment, une interrogation à ce point fondamentale qu'elle nécessite, au préalable, la détermination de sa fonction précise au sein de l'ordre normatif : est-il simplement un droit « sanctionnateur » ?¹⁶⁴ Cette question mise à part, à laquelle il faudra bien sûr répondre le moment venu, il ne paraît pas impossible, pour le droit pénal, de recevoir l'ensemble des biens incorporels.

45 L'IMMATERIEL ET LA REPRESSION : RETOUR A LA PORTEE DE L'INTERROGATION SUR LES BIENS INCORPORELS EN DROIT PENAL. – La question de la réception des biens incorporels par le droit pénal ne se pose pas pour les biens incorporels spéciaux, c'est-à-dire ceux pour la protection desquels un ou plusieurs textes ont été précisément déterminés puis définis. Ainsi, le droit de la propriété intellectuelle, système en soi qui, partant, se suffit à lui-même, n'a pas à être étudié dans le cadre d'une recherche consacrée à la dématérialisation d'infractions originellement réservées aux biens corporels. Ce n'est, pour un bien incorporel, qu'à défaut de pouvoir être qualifié d'« œuvre de l'esprit », ou de toute nature juridique spéciale, que se pose le problème de l'existence d'une autre protection et, principalement, de l'aptitude des infractions à vocation générale, – que sont essentiellement le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance et le recel –, à le recevoir. En revanche, les techniques mobilisées par la propriété intellectuelle pour régir des biens souvent évanescents peuvent servir de modèle au droit commun, lorsqu'il apparaît nécessaire que celui-ci s'adapte à un objet immatériel. A l'inverse, la confrontation entre ces deux corps de règles peut permettre de déceler des similitudes inattendues ; l'immatériel, en raison de ses nombreuses spécificités, est indéniablement doté d'une vertu révélatrice.

¹⁶³ T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 24, p. 290.

¹⁶⁴ V. *supra*, n°s 11-12.

- 46 Certains textes spéciaux, cependant, ne le sont pas à raison des biens qu'ils ont pourtant pour objet de protéger ; ils doivent, dès lors, entrer dans le champ de la recherche, à partir du moment où leur cause reste la préservation de la propriété, et qu'ils n'ont pas été fermés, lors de leur détermination, à l'ensemble des biens incorporels. Il s'agit, surtout, de certaines incriminations contenues au sein du droit pénal des affaires : l'abus de biens sociaux, par exemple, ou encore le blanchiment et la banqueroute. Mais, là encore, c'est de façon avant tout extrinsèque qu'il convient d'aborder ces textes, leur existence et leur contenu ayant essentiellement, en ce qui concerne la protection générale, une vertu révélatrice. En effet, nul ne remettant en doute, par exemple, qu'un abus de biens sociaux puisse porter sur un bien incorporel, quel qu'il soit, c'est dans la confrontation entre cette dernière incrimination et celle, plus générale, d'abus de confiance, qu'il paraît intéressant de s'interroger : faut-il et peut-on défendre, au même titre que la propriété de certaines sociétés qui, seules, peuvent prétendre à la protection spéciale, la propriété des autres personnes morales et des personnes physiques ?
- 47 Dans le cadre de la protection générale, enfin, qui concerne donc les biens incorporels qui ne peuvent prétendre à une protection spéciale, il faut s'interroger sur l'aboutissement d'une réception qui repose tout autant sur un texte, que sur son interprétation par le juge pénal. Cela implique d'éprouver l'ensemble des mécanismes mis en œuvre par le droit pénal pour assurer la protection de la propriété qui, du chemin conduisant de l'incrimination jusqu'à la sanction, s'avèrent parfaitement adaptables au domaine de l'immatériel. Il faut donc, lorsque le choix de l'adaptation n'a pas été effectué par le juge pénal, soit prôner une évolution logique de son interprétation, seule conforme à la vocation générale de textes dont rien ne justifie la limitation au monde matériel, soit expliquer en quoi son abstention n'est pas illogique et, conséquemment, ne remet pas en cause la réception pénale des biens incorporels. Il faut également, par considération constante pour l'essence du droit pénal, exprimée par le principe de légalité, qui postule notamment de n'étendre le champ d'application des incriminations que par logique et nécessité, rechercher les limites d'une telle extension où elles se trouvent vraiment. A ces deux fins, une analyse de chacun des mécanismes alors utilisés par le droit pénal est nécessaire, ceux-ci révélant leur véritable nature juridique à l'aune de l'épreuve, passée ou à venir, que constitue leur application à l'immatériel.
- 48 **PLAN : LA PORTEE DE LA CONSIDERATION PENALE DES BIENS INCORPORELS.** – Ainsi, d'une part, les infractions contre la propriété ont su, en raison de leur vocation générale et grâce à

l'adaptabilité de l'ensemble des mécanismes que suppose leur mise en œuvre, recevoir la dématérialisation des biens (**Première partie**). D'autre part, la dématérialisation des biens, par l'épreuve qu'elle a imposée, impose et va imposer à un système pénal conçu essentiellement en considération de biens corporels, contribue à l'étude des infractions contre la propriété (**Seconde partie**).

**1^{ERE} PARTIE : LA RECEPTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LES INFRACTIONS
CONTRE LA PROPRIETE**

**2^{NDE} PARTIE : LA CONTRIBUTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS A L'ETUDE DES
INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE**

Première partie

La réception de la dématérialisation des biens par les infractions contre la propriété

49 LA CONFRONTATION DE LA LOI PENALE A LA DEMATERIALISATION DES BIENS. – Afin que la dématérialisation des biens puisse s’opérer en droit pénal, il faut, mais il suffit, que la théorie de l’infraction soit apte à la recevoir. En effet, la protection pénale des biens incorporels empruntant classiquement la forme de l’incrimination, plus précisément celle d’au moins une des incriminations dont la cause est la défense de la propriété, seule l’adéquation d’un tel texte à l’immatériel autorise ce dernier à bénéficier de la répression. Encore faut-il préciser ce constat : pour que les biens incorporels soient pleinement reçus par le système pénal, il est nécessaire que, non seulement, le texte puisse – et, mieux encore, doive – être interprété comme pouvant s’appliquer à l’immatériel, mais surtout qu’il puisse, concrètement, s’y appliquer¹. Par exemple, il ne suffit pas de poser que la soustraction d’une chose, élément constitutif du vol en vertu de l’article 311-1 du Code pénal, se conçoit tout autant « appréhension » – intellectuelle – d’une information que « préhension » – matérielle – du document qui la représente, s’il est finalement impossible de localiser une simple « appréhension », puis de la démontrer. La mise en œuvre de la répression, c’est-à-dire le cheminement qui mène de la détermination de l’interdit à la bonne et complète exécution de la peine prononcée, par celui qui n’a pas respecté la prohibition, doit être réalisable lorsqu’il s’agit de sanctionner l’atteinte portée à la propriété d’un bien incorporel.

50 L’ACCUEIL DES BIENS INCORPORELS PAR LE SYSTEME PENAL DE PROTECTION DE LA PROPRIETE. – La loi pénale, originellement ou par interprétation, a déjà accueilli des biens incorporels. Qu’il s’agisse, effectivement, de l’abus de biens sociaux, construit pour préserver les patrimoines majoritairement immatériels de certaines sociétés, ou de l’abus de confiance, dont l’histoire est celle d’une ouverture constante, jurisprudentielle autant que légale,

¹ Voir, retraçant l’entier de ce que la norme pénale représente par une métaphore, C. LOMBOIS, *in Droit pénal général*, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 16 : « Dans l’abstrait, les règles pénales que ne sollicite pas un cas concret d’application sont comme en attente, armes de magasin de l’arsenal législatif, bataillons de réserve. Prêtes à fonctionner, mises en vigueur, elles deviennent, prenant pour cible un fait effectivement survenu, dans les mains de l’armée d’active, règles en action ».

notamment en ce qui concerne la nature des biens détournés², la réalité de l'appropriation s'est imposée au droit pénal. C'est pourquoi, dans un premier temps, on pourrait sans doute percevoir en la prise en compte de la dématérialisation des biens un phénomène subi par le système pénal et, par conséquent, un déclin de la fonction expressive dévolue, en la matière, au législateur seul. Cela conduirait à convenir que le juge pénal a failli dans sa mission d'interprétation, allant au-delà du texte d'incrimination. Dans un second temps, toutefois, il appert que la considération du droit pénal pour l'immatériel, lorsqu'elle est intégralement retracée, s'avère en conformité parfaite avec son idéal légicentriste. La protection de la propriété, quelle qu'elle soit, est l'une des causes les plus anciennes du droit pénal qui, en s'adaptant à l'évolution des objets appropriés, n'a fait qu'assumer un choix effectué il y a longtemps. La seule limite abstraite à la réception pénale des biens incorporels réside donc dans la logique d'un système qui a déjà autorisé cette réception.

51 LA PORTEE DE L'ACCUEIL. – Plus concrètement, la protection pénale de la propriété a pour vocation de prendre des formes aussi diverses que les atteintes qui peuvent être portées à cette dernière. A cela s'ajoute que, tant pour les formes les plus simples que, à plus forte raison encore, pour les formes dites « complexes », les modalités de commission de l'acte délictueux sont variables, faisant de deux infractions juridiquement similaires, deux infractions matériellement distinctes. Ainsi, au même titre que diffère, par exemple, une soustraction et un détournement, il existe toute une somme de comportements pouvant finalement être qualifiés d'escroquerie. Or, ces variations ont nécessairement des conséquences du point de vue de l'application de la loi pénale aux biens incorporels, celle-ci ne pouvant alors se contenter d'accepter théoriquement et logiquement la dématérialisation des biens, mais se devant d'assumer les éventuelles vicissitudes concrètes qu'elle implique. Il semble, en effet, d'autant moins aisé de situer une infraction complexe, que la plupart de ses éléments constitutifs, voire tous, sont dotés d'ubiquité.

52 Pourtant, au-delà des apparences, qui présentent l'immatérialité de l'objet comme un obstacle à la répression des atteintes qui y sont portées, il s'avère en réalité que, d'un côté, les techniques attachées à la valeur, étape ultime de la dématérialisation, sont précieuses pour l'application du droit pénal, qui les maîtrise parfaitement, et que, d'un autre côté, en raison principalement de l'ensemble des supports que requiert inévitablement la vie d'un bien

² V. C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 303 et s. ; M. VERON, « L'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1153 et s.

incorporel, il n'est finalement pas si difficile d'exercer sur ce dernier une emprise juridique suffisante. En définitive, il apparaît que les embarras concernant l'application de la loi pénale ne sont pas vraiment propres à l'immatériel.

53 De cela, il ressort que, non seulement, la réception de la dématérialisation des biens a été autorisée par le système pénal de protection de la propriété (**Titre I**), mais surtout qu'elle semble, au sein de ce système, parfaitement aboutie (**Titre II**).

TITRE I : UNE RECEPTION AUTORISEE

TITRE II : UNE RECEPTION ABOUTIE

Titre I

Une réception autorisée

- 54 LE DOMAINE DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS EN DROIT PENAL.** – Un bien est une chose appropriée, soit l'objet d'un droit de propriété. Sa prise en compte juridique ressortit donc à celle de la propriété, ce qui, en droit pénal, signifie qu'elle prend nécessairement la forme de l'une des incriminations déterminées afin de régir la propriété. La plupart de ces incriminations ont, plus précisément, pour cause de défendre la propriété. Du point de vue de leur objet, certaines ont une vocation très ciblée, ne s'appliquant qu'à une espèce de biens donnée, et d'autres gardent une vocation plus générale, ne discriminant pas entre les biens protégés. Pour les premières, dont l'exemple le plus classique est la contrefaçon, il n'est pas question de savoir, alors, quel type de biens entre dans le domaine du texte, mais quelle chose peut être juridiquement qualifiée comme tel ; qu'appelle-t-on, concrètement, « œuvre de l'esprit » ? Pour les secondes, en revanche, qu'il s'agisse du vol ou encore de l'abus de biens sociaux, il faut sans cesse s'interroger sur l'étendue de la notion de « bien » et, à travers elle, sur l'aptitude de l'ensemble des mécanismes pénaux à assumer la vocation générale de l'incrimination qu'ils soutiennent. Principalement, peuvent-ils recevoir la dématérialisation des biens ?
- 55** En droit pénal spécifiquement, le bien est référencé par l'élément légal comme constituant une partie de l'élément matériel au stade de l'incrimination et, corrélativement, est une partie de l'élément matériel au stade de l'infraction¹. Il suffit donc en principe, pour les infractions concernées, que ces deux éléments soient aptes à recevoir des biens incorporels pour que la dématérialisation puisse s'opérer. Pour autant, l'élément moral de ces infractions ne reste pas, en la matière, totalement indifférent : bien qu'il ne s'agisse pas, à son propos, de savoir s'il est ouvert à une dématérialisation quelconque, ce qu'il représente la plupart du temps, c'est-à-dire la volonté consciente d'un comportement, peut bien souvent permettre d'identifier l'objet de l'infraction. Or, une telle vertu révélatrice est d'autant plus précieuse que l'objet est, précisément, difficile à déterminer.

¹ V. *supra*, n^{os} 13 et s.

- 56 L'ÉTENDUE THÉORIQUE DE LA DÉMATÉRIALISATION DES BIENS EN DROIT PÉNAL.** – Tant du point de vue légal, que du point de vue matériel, nul ne doute qu'une dématérialisation des infractions contre la propriété, au moins relative, se soit déjà produite. En effet, d'un côté, le législateur a créé ou remodelé l'élément matériel de certaines incriminations afin qu'elles puissent, avec évidence, saisir un objet immatériel : le blanchiment, par exemple, ou encore l'escroquerie ; d'un autre côté, le juge a interprété d'autres incriminations, que leur élément matériel ait été substantiellement modifié ou non, comme en étant tout aussi capable : l'abus de confiance essentiellement. Il reste alors, concernant cette promotion pénale au moins germée des biens incorporels, à distribuer clairement les rôles, pour constater, pour commencer, que le juge n'a, en réalité, toujours fait que suivre des directives d'interprétation données par le législateur. Une fois cela établi, ce qui suppose de retracer, puis d'analyser, l'histoire – contemporaine – de la prise en compte par le droit pénal des biens immatériels, il paraît possible, ensuite, d'une part, de déceler les quelques incohérences qui demeurent au sein de cette construction volontaire et logique et, d'autre part, d'envisager l'évolution du système pénal de protection de la propriété en matière de biens incorporels.
- 57** Les deux pôles de la dématérialisation des biens constituant, en droit pénal, les éléments légal et matériel des infractions contre la propriété, c'est à travers l'étude de la réception de la dématérialisation, d'abord par le premier (**Chapitre 1**), ensuite par le second (**Chapitre 2**), que toutes ces questions pourront être développées.

CHAPITRE 1 : LA RECEPTION PAR L'ELEMENT LEGAL

CHAPITRE 2 : LA RECEPTION PAR L'ELEMENT MATERIEL

Chapitre 1. La réception par l'élément légal

- 58 L'INSERTION DU BIEN AU SEIN DE LA DEFINITION LEGALE DE L'INCRIMINATION.** – Le bien étant, du point de vue du droit pénal, référencé au sein de l'élément légal de toutes les infractions contre la propriété, il appartient, en application du principe de légalité, au seul pouvoir législatif de le déterminer et de le définir. C'est, en effet, la conclusion logique d'un syllogisme déjà éprouvé : la Constitution et le Code pénal disposent que la loi détermine, puis définit, les infractions¹ les plus graves², or le législateur a le monopole de la loi³. Ce dernier devant, en application du même principe, définir chaque incrimination en des termes suffisamment « *clairs et précis* »⁴, il lui revient la charge d'établir quels sont les « *éléments* » qui la constituent, au sein desquels figure le bien.
- 59** Parmi les définitions légales, il y a celles « *qui portent sur le grain des choses et celles qui portent sur la paille des mots* »⁵. Avant d'être un mot, l'infraction est une réalité « *objective, substantielle, matérielle* »⁶, construite par le droit afin de protéger les valeurs sociales les plus essentielles⁷, notamment la propriété. La « *définition réelle* », qu'appelle ainsi toute infraction, est créatrice d'une notion juridique et, à cette fin, « *énonce les attributs spécifiques qui [la] caractérisent* »⁸. Dans cette démarche, « *l'essentiel réside dans la détermination substantielle des critères, non dans le revêtement de l'ensemble formé. Une telle opération*

¹ Art. 34 C58 : « *La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». La formule est un peu alambiquée, mais elle s'éclaire à la lecture du Code pénal : art. 111-2, « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs* » ; art. 111-3, « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi [...]* ».

² Les crimes et délits. Les contraventions sont, par un raisonnement *a contrario*, « *infirmes* », déterminées et définies par le pouvoir exécutif, mais le droit pénal général contraventionnel est contenu dans un pur produit législatif : le livre premier du Code pénal. Voir C. LOMBOIS, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 22-23. De plus, selon le Conseil constitutionnel, une loi peut créer une contravention : v. déc. du 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, cons. n° 11.

³ Art. 34 C58 : « *La loi est votée par le Parlement* » ; c'est sa définition formelle. « *La cerise est le fruit du cerisier et le cerisier, l'arbre qui porte des cerises* » : C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 10.

⁴ Afin d'« *exclure l'arbitraire* » (Cons. const., déc. des 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, cons. n° 7) et de « *permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui* » (Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 56) : v. *supra*, n° 14 et 18.

⁵ « *Ou, si l'on préfère, [...] la définition directe des choses et celle des mots* » : G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *L'art du droit en quête de sagesse*, chap. 21, PUF, 1998, n° 8, p. 263.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 22, p. 10.

⁸ G. CORNU, *op. cit.*, n° 13, p. 265.

aboutit à un mot. Elle ne part pas de ce mot »⁹. C'est pourquoi l'infraction se définit par ses éléments constitutifs, tout objectif de précision concernant donc moins, en la matière, le contenant que le contenu, au sein duquel, partie d'un élément ou élément en soi, s'inscrit le bien.

60 Or, malgré cet impératif, non seulement, le Code pénal ne donne aucune définition du bien, mais surtout, ce code, notamment, le désigne de façon tout aussi variable, qu'imprécise : souvent « *quelconque* »¹⁰, parfois périphrase, plus ou moins concise – « *chose d'autrui* », « *bien appartenant à autrui* »¹¹ –, parfois même, plus laconiquement encore, « *objet* »¹², le bien est, en droit pénal, difficile à identifier. Dès lors, où ne résident, légalement, ni unité, ni précision, quelle peut être, pénalement, la fonction juridictionnelle ? Pour le savoir, il convient de déterminer l'intensité normative de la définition légale ; de celle-ci se déduiront, en effet, les pouvoirs légitimes du juge pénal.

61 L'INSUFFISANCE DE LA DEFINITION LEGALE DU BIEN : BIEN QUALIFIE PRESUPPOSE BIEN INTERPRETE. – Ayant pour rôle de faire entrer chaque fait utile dans une catégorie juridique préexistante, soit d'opérer une qualification, le juge doit souvent, lorsque la définition légale manque de clarté et de précision, interpréter la loi, c'est-à-dire la doter d'un sens. Ainsi, même en droit pénal, où l'interprétation n'est ouverte que strictement¹³, l'office du juge est dépendant de la définition légale : précise, celle-ci s'impose ; vague, elle concède un plus large pouvoir au juge ; orientée, elle « *privilegie un sens parmi d'autres* »¹⁴. Le bien, non défini par la loi, s'inscrit cependant dans une structure infractionnelle qui permet de présager, au moins ponctuellement, sa signification. Par exemple, le texte d'incrimination de l'abus de biens sociaux ne semble pas autoriser le doute sur son aptitude à sanctionner le détournement de biens incorporels ; tel ne paraît pas être le cas, en revanche, de l'incrimination du vol. Au juge pénal d'établir, en définitive, s'il existe, concernant leur objet, une linéarité entre ces deux infractions.

62 De tout cela, il ressort finalement que, s'il appartient au législateur seul d'accueillir la dématérialisation des biens, par le biais des textes d'incrimination (**Section I**), en privilégiant

⁹ G. CORNU, *op. cit.*, n° 14, p. 265. – Adde J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2003 (4^{ème} éd.), nos 184 et 187, p. 213 et s.

¹⁰ Art. 312-1, 312-10, 313-1, 314-1 et 421-2-2 C. pén.

¹¹ Art. 311-1, puis art. 322-1 C. pén.

¹² Art. 314-5 C. pén.

¹³ Art. 111-4 C. pén.

¹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, n° 3, p. 261.

un sens, il donne au juge une directive d'interprétation des autres incriminations. C'est, alors, au juge seul qu'il revient d'installer la cohérence imposée par le système pénal, en interprétant certaines incriminations comme étant également aptes à s'appliquer aux biens incorporels (**Section II**).

Section I. LA DEMATERIALISATION ACCUEILLIE PAR LA LOI

- 63 L'OPERATION DE DETERMINATION : LA « FONCTION EXPRESSIVE DU DROIT PENAL »¹⁵.** – Le législateur apprécie opportunément la nécessité de l'intervention du droit pénal. Le droit de punir est, en effet, un attribut de la souveraineté, et le seul véritable critère des règles qui s'y adossent est purement formel : « *l'interdit pénal est celui qui est sanctionné d'une peine* »¹⁶. Tout au plus, le législateur doit-il respecter les impératifs constitutionnels¹⁷ et européens¹⁸ lors de l'élaboration de la norme. Mais il ne s'agit alors que de l'encadrer afin qu'il ne porte pas atteinte à des intérêts fondamentaux, et non véritablement de le contraindre dans sa détermination. Dès lors, son choix est toujours un jugement de valeur libre et assumé, et à travers sa résolution d'intervenir ou pas s'exprime toujours l'illicéité pénale¹⁹.
- 64 LES CONTOURS D'UNE DETERMINATION CONTEMPORAINE EN MATIERE DE PROPRIETE : LE DROIT PENAL DES SOCIETES.** – Cette appréciation n'est pas pour autant arbitraire, et sa contingence est relative. Conscient de la puissance de ses armes, et responsable devant le corps social, le législateur n'incrimine généralement pas sans raison. Outre que les interdits pénaux sont, pour l'essentiel, le reflet fidèle d'une représentation consensuelle des valeurs

¹⁵ Voir R. BADINTER, *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, p. 10-11.

¹⁶ C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ V., principalement, art. 5 et 8 DDHC.

¹⁸ Le principe de proportionnalité entre la pénalisation et l'intérêt protégé par exemple : v., à ce propos, Cour EDH, « *Fressoz et Roire c. France* », 21 janv. 1999, §§ 44 et s. – V., pour d'autres impératifs européens, constitutionnels et communautaires, *supra*, n^{os} 14 et 18.

¹⁹ En ce sens, C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, coll. Précis, Dalloz, 1979 (2^{ème} éd.), n^o 242, p. 288 : « *En droit pénal, tout est d'ordre public : les textes et les silences* » ; J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 339-340 : le droit criminel, « *par ses prohibitions [...] est indirectement et implicitement normatif [...]. Même ses silences peuvent être interprétés comme des permissions* » ; P. CONTE, « Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis : matière à commentaires », in *Le discours et le code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Juris-Classeur, Litec, 2004, n^o 5, p. 31 : « [...] même quand un comportement donné ne se trouve correspondre à aucune infraction, cette fonction dite expressive du droit pénal demeure : lorsqu'il ne réprime pas un comportement, il effectue un choix, de telle sorte que, son silence étant habitué, on ne saurait évoquer, sans erreur, un " vide juridique " ».

fondamentales par la mentalité collective, ils sont également l'image, alors plus instable, qu'une société donnée se fait de certains intérêts plus polémiques. Toutefois, certaines réformes, trop rapidement classées dans cette dernière catégorie, apparaissent en réalité pouvoir également prétendre de la première. C'est le cas, par exemple, d'une part importante du droit pénal des sociétés, dont la détermination est, tout autant, issue de la volonté de mieux protéger la propriété, que de celle de défendre les personnes morales à but lucratif. Le rétablissement de cette genèse est important, puisque celle-ci démontre que, parce qu'il s'agit de la même chose, ce qui vaut pour le droit pénal de la propriété sociale vaut pour le droit pénal de la propriété individuelle, notamment l'approche compréhensive que ce premier a de la notion de bien.

- 65 Au cœur du dispositif mis en œuvre pour protéger le patrimoine des sociétés, figure effectivement la notion de bien et, dès la définition des incriminations, sa dématérialisation, dont les causes – efficientes²⁰ – s'entremêlent alors avec celles de l'existence d'un droit pénal autonome des sociétés (§ 1). A l'aune de celles-ci, se dessine plus nettement le but, la cause finale, de l'opération alors techniquement nécessaire qu'a été la détermination d'une dématérialisation (§ 2), ainsi que son moyen privilégié : la notion de bien (§ 3).

§ 1. Les causes efficientes de la détermination de la dématérialisation

- 66 **UNE DEMATERIALISATION PENALEMENT DETERMINEE.** – Une dématérialisation des biens ne peut pas, semble-t-il, être l'objet direct et attendu d'une détermination pénale. Elle est, en effet, avant tout accueillie par le droit pénal comme un moyen technique d'élargir sa protection de la propriété et, ainsi, de se conformer aux réalités contemporaines de l'appropriation. De la sorte, si les biens présents au sein de la législation pénale se dématérialisent, c'est principalement parce que la propriété n'a jamais été fermée aux biens incorporels, et qu'elle s'y ouvre même de plus en plus. Le droit pénal préservant notamment la propriété, ses producteurs ne peuvent alors, tant par logique que par réalisme, choisir d'en limiter la défense aux seuls objets corporels.

²⁰ V., par ex., *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, PUF, 2003, V^o Cause, par P. MALAURIE : « *La philosophie a, tout au long de son histoire, multiplié les distinctions quand il s'agissait de la cause. Par exemple Aristote : cause formelle, matérielle, efficiente, finale, première, principale, instrumentale [...]. Le droit ne les a guère utilisées, sauf celle qui oppose la cause efficiente à la cause finale ; la cause efficiente désigne le phénomène qui en produit un autre ; la cause finale est le but en vue duquel s'accomplit un acte* ».

67 Pourtant, la réception des biens incorporels ne peut être, pour le droit pénal, qu'un choix. Car les règles qu'il regroupe ne se conçoivent pas autrement qu'ensemble déterminé²¹. Trop souvent présenté comme un droit simplement sanctionnateur²², le droit répressif n'intervient qu'à condition que le législateur ait considéré que la valeur concernée mérite sa puissante protection. Parfois originairement normatif²³, il est donc toujours, pour le moins, sélectif ; c'est l'impératif même de légalité, en réalité plus matériel que formel, qui se trouve ainsi incarné²⁴. Conséquemment, plus que tout autre, le législateur de droit pénal a conscience des moyens et des conséquences de la mise en œuvre de son droit, les choisit et les assume ; il s'agit alors, invariablement, de détermination²⁵. La dématérialisation des biens en droit pénal est nécessairement un phénomène réfléchi et volontaire.

68 **LE FACTEUR CONJONCTUREL DE DEMATERIALISATION : L'ECONOMIE CAPITALISTE.** – La prise en compte des biens incorporels est posée comme l'exemple topique d'une influence de l'économie sur le droit²⁶. La question des liens entretenus entre ces deux disciplines étant relativement contemporaine, on en a parfois déduit, trop rapidement, que c'était précisément cette influence qui l'était²⁷. Or, les juristes ont en réalité, dès Rome, conçu l'immatériel

²¹ L'interdiction étant l'exception dans un système libéral, chaque interdiction est un choix formalisé par une loi. V. art. 5 DDHC : « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

²² Dès J.-E.-M. PORTALIS (reprenant J.-J. ROUSSEAU : *Du contrat social*, in *Œuvres politiques*, coll. Classiques Garnier, Bordas, 1989, p. 289) – « *les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, Paris, p. 16) –, jusqu'à, par exemple, A. DECOCQ : « *Le vrai paraît être qu'aucune norme n'est pénale. Toute norme résultant d'une qualification se rattache, quant au fond, à l'une des branches du droit privé ou du droit public. Seul l'effet juridique de cette qualification est spécifiquement pénal. La thèse du "droit pénal sanctionnateur" correspond à une meilleure analyse* » (*Droit pénal général*, coll. U, A. Colin, 1971, p. 87).

²³ « *Il crée lui-même des obligations, des règles de fond qu'ignorent les autres lois positives : par exemple, l'obligation de respecter la vie ou l'intégrité du corps humain, de porter secours à autrui, de ne pas attenter aux mœurs, etc.* » : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1997 (7^{ème} éd.), n° 147, p. 217.

²⁴ Voir G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 366 : « *Ce qui est imposé au législateur l'est, à plus forte raison, à la loi ; chacune des lois pénales, de forme comme de fond, doivent ainsi respecter les libertés individuelles, cette exigence leur étant donc inhérente et, par là même, forgeant leur unité et conditionnant leur force* ».

²⁵ Comp., J.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon Frères, 1855, Introduction, titre I, chap. 1^{er}, n^{os} 10 et s., p. 5 et s, spéc. n^{os} 21 et 24, p. 9. L'auteur conclut lui aussi, cependant, que le droit pénal « *appartient [...] à la classe des droits sanctionneurs* ».

²⁶ V., par ex., F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 79, qui introduit le résumé de son exposé par cette phrase : « *La dématérialisation du droit est liée à l'évolution de l'économie* ».

²⁷ F. ZENATI attribue le préjugé à l'interprétation classique du droit des choses : elle « *a produit une identification de la chose à la matière qui constitue un véritable dogme et ce sont paradoxalement les idées modernes qui sont responsables de cet a priori* », d'autant plus difficile à combattre que ce « *postulat [...] a des allures de mythe* » (op. cit., p. 80).

comme un objet de droit : Gaïus, inspiré par la philosophie stoïcienne, donnait déjà, avec plus d'acuité encore que dans notre droit positif, une réelle effectivité à la distinction entre les choses tangibles, *res corporales*, et les droits, *res incorporales*²⁸. Plus largement, dès sa naissance et dans son essence, le droit participe de l'économie : il est né tout autant d'un besoin de formalisation et d'encadrement des échanges, que de la nécessité de limiter la vengeance privée.

69 La véritable contemporanéité ne réside donc pas dans l'émergence juridique de biens économiques nouveaux, car purement abstraits, mais dans son paroxysme²⁹. L'immatériel connaît, en effet, d'un nouvel essor au sein de l'économie capitaliste et le droit doit désormais, après être parvenu à encadrer la monnaie dans un système d'échanges simple, réussir à adapter ses mécanismes au zénith de l'abstraction monétaire. C'est pourquoi, à cette occasion, droit et économie ont généré l'une de leurs plus grandes collaborations : « *On [...] a demandé [au juriste] le moyen de réunir les capitaux nécessaires pour la création et la vie des grandes entreprises. Il a offert la société par actions* »³⁰. Refusant en effet, à l'époque, de créer un patrimoine sans qu'existe une personne, mais acceptant, en revanche, de créer une personne afin qu'elle ait un patrimoine, le droit français a engendré une personne sans chair³¹. De là à permettre qu'une personne sans corps, spécialement créée pour approprier, possède des biens sans corps, il y a plus qu'un pas ; il y a déjà une corrélation.

70 LE FACTEUR STRUCTUREL DE DEMATERIALISATION : L'EXISTENCE D'UN SUJET DE DROIT DEMATERIALISE POUR QUI L'AVOIR EST TOUT. – Malgré nombre d'études qui lui ont été consacrées³², il n'existe aucun consensus parfait et définitif sur la nature juridique de la personnalité morale. Cette impossible synthèse des attributs de la personne morale ne

²⁸ Voir M. VILLEY, Préface historique aux *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 1 et s. ; « Les Institutes de Gaïus et l'idée du droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, chap. 8, Dalloz, 2002 (2^{ème} éd.), p. 167 et s. ; R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 35 et s. ; F. ZENATI, *op. cit.*, p. 87. – V. *supra*, n° 5.

²⁹ V., en ce sens, F. ZENATI, *op. cit.*, p. 80 : « L'économie dite capitaliste qui porte à son paroxysme le principe monétaire n'est qu'un degré supérieur dans le rôle joué par la valeur dans les rapports sociaux et donc dans les rapports juridiques ».

³⁰ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951 (2^{ème} éd.), n° 20, p. 53.

³¹ « *En réalité, ces personnes morales ne sont pas des personnes, car elles n'ont ni corps susceptible de souffrance, ni âme éprise d'idéal. Ce sont des robots* » précise G. RIPERT : *op. cit.*, n° 37, p. 90.

³² V., pour la plus notoire : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1906 ; pour les plus récentes : C.-M. BENARD, *Les limites de la personnalité morale en droit privé*, thèse, Toulouse I, 2003 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé, Eléments pour une théorie*, coll. Bibl. dr. privé, t. 410, LGDJ, 2004 ; J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, coll. Bibl. dr. privé, t. 510, LGDJ, 2009.

relativise cependant pas l'importance que ceux-là jouent, à la fois dans la théorisation et dans la concrétisation de celle-ci, particulièrement le lien ténu que l'être incorporel entretient avec son avoir.

71 En effet, la lutte pour l'aptitude à avoir, peut-être insuffisante, en soi, à fonder une théorie générale de la personnalité morale³³, n'en reste pas moins, incontestablement, l'une de ses principales causes³⁴. Il existe ainsi, au sein des personnes morales, celles pour qui l'avoir est une finalité, et celles pour qui l'avoir ne constitue qu'un moyen ; l'autonomisation d'un patrimoine permet, non seulement, d'agir économiquement, mais surtout, plus largement encore, d'agir – donc d'exister – juridiquement. Cela explique que cela soit l'autonomie patrimoniale qui ait, initialement, permis à la jurisprudence d'accorder et de fonder une telle personnalité³⁵, avant que ne soit finalement adoptée la loi du 24 juillet 1867, qui la consacra pour les sociétés commerciales. De même, c'est sur le fondement de l'article 529 du Code civil, berceau légal des biens incorporels³⁶, que la Cour de cassation a reconnu l'existence de la personnalité morale de certaines sociétés³⁷. De façon plus contemporaine, certaines règles spéciales du Code civil ne démentent pas ce constat : la combinaison des articles 1832 et 1844-10, alinéa 1^{er}, par exemple, implique que l'absence ou la fictivité d'apports à une société, c'est-à-dire l'absence de patrimoine initial, conduisent à sa nullité³⁸. Dans le fondement même de la personnalité morale des sociétés, il y a donc l'avoir³⁹.

³³ Voir G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *Mélanges R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199 et s.

³⁴ Voir F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 457 et s., spéc. p. 460, où l'auteur pose que « la théorie des personnes morales a eu [...] un mérite, celui de servir de révélateur en montrant que cette notion constitue une technique d'appropriation ». – Adde F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 2, p. 15-16, et n°s 106 et s., p. 113 et s.

³⁵ Et par la doctrine : v., par ex., J. CARBONNIER, *Les personnes*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 21^{ème} éd. refondue, 2000), n° 353, p. 693 : « Ce qui paraît caractériser la personne morale, c'est qu'elle a un patrimoine [...] qui n'est qu'à elle, et qui ne se confond pas avec le patrimoine personnel pouvant appartenir à chacun des individus dont elle est composée ».

³⁶ « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

³⁷ V. Cass. req., 23 févr. 1891, *DP*, 1891, 1, p. 337 ; S., 1892, 1, p. 73 ; Cass. req., 2 mars 1892, S., 1892, 1, p. 497 ; Cass. civ., 22 nov. 1911, *DP*, 1913, 1, p. 83 ; S., 1912, 1, p. 5.

³⁸ Voir P. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, coll. Précis, Dalloz, 2008 (12^{ème} éd.), n° 28, p. 48.

³⁹ Et sans doute même dans le fondement de la personnalité juridique : « Être, c'est avoir », selon G. DE TARDE (*Précis de droit administratif*, 1921, p. 88, n° 1). V., surtout, F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 457 et s., et F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n°s 106 et s., p. 113 et s. : « Avoir la personnalité juridique, c'est [...], avant tout, être apte à avoir des biens ».

- 72 Le droit pénal semble, tout d'abord, participer à cette dualité d'approche entre sociétés commerciales, ou civiles, et autres personnes morales. D'un côté, il tend à l'anthropomorphisme en ouvrant l'action civile aux personnes morales⁴⁰, ainsi qu'en généralisant leur responsabilité⁴¹ ; victime ou responsable, c'est alors le droit commun applicable à toute personne qui prend l'entière mesure d'une reconnaissance de la personnalité morale à certains groupements. Mais, d'un autre côté, subsistent, tant une procédure pénale spéciale des associations, régie par les articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, qu'un droit pénal spécial des sociétés, corps conséquent de règles répressives et protectrices des seuls groupements à but lucratif, essentiellement contenu dans le Code de commerce.
- 73 En se demandant, dès lors, ce que justifie encore, à l'heure où l'assimilation pénale des personnes juridiques n'a jamais été aussi intense, l'existence de ces règles spéciales, on se rend compte, ensuite, que le droit pénal prend en considération, au-delà de la possibilité, pour une société, d'avoir un patrimoine, le contenu de ce dernier. Laissant de côté les associations, pour lesquelles il s'agit avant tout d'organiser une réponse pénale en cas d'atteinte portée à un intérêt collectif, il apparaît effectivement que, si les dispositions propres aux sociétés demeurent, c'est parce que les incriminations traditionnelles ne sont pas interprétées, de façon relativement consensuelle, comme étant aptes à s'étendre à certaines de leurs particularités⁴². Or, l'une des causes de cette inadéquation résiderait, précisément, dans le caractère majoritairement immatériel du patrimoine des sociétés. Les incriminations classiques protégeant la propriété ont, en effet, été conçues pour le faire à une époque de moindre complexité du commerce juridique, d'où la nécessité ressentie, à chaque apparition d'une nouvelle espèce de biens, à plus forte raison lorsque ceux-ci sont incorporels, d'une intervention législative spéciale.
- 74 De cela, il ressort finalement que le contenu du patrimoine social est, peut-être, l'une des causes de la spécificité du droit pénal des sociétés. Cela signifie que le but de la dématérialisation des biens au sein des textes d'incrimination est, dans ce cadre défini, la protection de la propriété des sociétés.

⁴⁰ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, l'article 2 du Code de procédure pénale s'applique aux personnes physiques et aux personnes morales : « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* » (nous soulignons).

⁴¹ L'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « *Perben II* », a modifié l'article 121-2 du Code pénal, en supprimant le principe de spécialité qui conditionnait la responsabilité pénale des personnes morales.

⁴² Voir J. LARGUIER, P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, coll. U, A. Colin, 2004 (11^{ème} éd.), n° 338, p. 307.

§ 2. La cause finale de la détermination : la protection de la propriété sociale par le droit pénal des sociétés

- 75 DIFFERENTES PROPRIETES IMMATERIELLES.** – Figurant au sein d'un droit consacré aux affaires, le droit pénal des sociétés ne préserve pas seulement la propriété, et la propriété des sociétés n'est pas la seule en cause. En effet, les acteurs de ce droit sont nombreux, ont un statut juridique différent, et leurs intérêts sont souvent antagonistes. Le cadre de la société, être puissant mais désincarné, peut être l'occasion d'atteintes diverses à chacun d'entre eux⁴³, par chacun d'entre eux. Toutefois, le droit pénal des sociétés a été créé par une volonté de protection de celles-ci, plutôt que de responsabilisation. En considération de cette optique directrice, il est alors possible de dresser un schéma simple des relations entre les différents acteurs de ce droit.
- 76** Les actionnaires constituent le patrimoine social par des apports issus de leur patrimoine propre. En échange de ce transfert de propriété, ils deviennent propriétaires de biens frugifères générés par la société, mais dont ils jouissent exclusivement : les actions. Il y a donc, d'un côté, la propriété de la société, d'un autre, celle des actionnaires, cette dernière contenant notamment des actions de la société. Ensuite, afin d'exister économiquement, la société conclut des contrats ; elle devient conséquemment parfois créancière, parfois débitrice. La propriété de créances vient ainsi enrichir le patrimoine social, pendant que la propriété de créances par les créanciers de la société l'appauvrit. Trois types de propriétaires cohabitent alors : la société, l'actionnaire et le créancier. A chacun de leur patrimoine, il peut être porté atteinte à différents moments et selon des façons diverses et, sanctionnées par le droit pénal, ces atteintes ont souvent pour objet des biens incorporels. On ne peut, cependant, considérer pour chacun d'entre eux qu'il s'agit de dématérialisation ou, plus exactement, d'une même forme de dématérialisation.
- 77 LA NECESSITE DE DISCRIMINER LES DEMATERIALISATIONS PROCLAMEES.** – La dématérialisation est, dans son sens commun, une « *annihilation de particules matérielles* »⁴⁴. La plupart des auteurs la définissent alors comme la substitution d'un support immatériel à un support matériel⁴⁵. Par conséquent, même si cette dernière définition n'apparaît pas

⁴³ Voir W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, coll. Précis, Dalloz, 2005 (6^{ème} éd.), n° 243, p. 341-342.

⁴⁴ *Le Grand Robert*, V° Dématérialisation.

⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Dématérialisation : au sens premier, « opération liée à de nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible (monnaie fiduciaire, titre au porteur) qui

nécessairement comme la plus opportune, appelant à la confusion entre un bien supporté et son support⁴⁶, elle conserve la vertu de démontrer qu'il ne peut, bien logiquement, y avoir dématérialisation que de ce qui, à la base, était matériel. Ainsi, seule une notion entendue primitivement comme matérielle peut se dématérialiser.

- 78** Il faut donc distinguer entre deux formes de dématérialisation. D'une part, celle-ci peut être perçue comme la prise en compte *a posteriori*, par le droit pénal, de l'immatérialité de ce qui, en réalité, l'a toujours été : c'est le cas, par exemple, de la propriété des actions (A). D'autre part et surtout, la dématérialisation est la prise en compte *a priori*, par le droit pénal, de l'immatérialité d'un bien : c'est le cas de la propriété des biens de la société, pour la défense de laquelle des incriminations ont été spécialement créées (B).

A. La protection pénale de la propriété de l'actionnaire : un immatériel originel

- 79 LA PROTECTION DE LA PART IMMATERIELLE D'UNE PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE.** – L'actionnaire n'est pas copropriétaire de la société. Il n'a, par conséquent, pas de droit direct, absolu et exclusif sur le contenu du patrimoine social : « *C'est justement parce qu'il y a une véritable propriété des actions qu'il ne peut y avoir une copropriété de l'entreprise. L'actionnaire a un droit contre la société et non un droit dans la société* »⁴⁷. La propriété des actions est, en effet, reconnue dès le Code civil de 1804, puisque l'article 529 dispose, notamment, que « *sont meubles par la détermination de la loi, les [...] actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie [...]* », tout en précisant que « *ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société* ». Réputées meubles, les actions sont donc au moins réputées biens – et, au plus, biens réputés meubles –, c'est-à-dire objets de propriété. De cette double nature de meuble et de

circule entre les mains des intéressés comme instrument de paiement ou de commerce, par un support comptable centralisé, sous des conditions diverses (ex. procédé électronique), système qui suppose cependant que soient replacés entre les mains des intéressés d'autres éléments matériels de preuve ou de fonctionnement (certificat, carte de paiement), en quoi la dématérialisation est moins matérielle que juridique. »

⁴⁶ V. *supra*, n° 35.

⁴⁷ G. RIPERT, *op. cit.*, n° 44, p. 105. V. aussi Y. GUYON, « Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », in *Rev. soc.*, 1984, n° 1, p. 451 : « *L'action ne représente pas directement une quote-part des biens dont la société est propriétaire, car elle ne confère aucun droit réel sur les biens sociaux* ».

bien incorporel se dégage, pour la plupart d'entre elles, une appellation positive : les « valeurs » « mobilières »⁴⁸.

80 Référencées par l'article 529 du Code civil, berceau légal des biens incorporels, les valeurs mobilières n'en suscitent pas moins de nombreuses polémiques, à tel point que même la définition qu'en offre le législateur ne satisfait pas les auteurs⁴⁹. Et pour cause, celle-ci contribue parfois davantage à consolider les confusions, qu'à les éclairer. Par exemple, à la volonté affichée de dématérialisation, en 1981⁵⁰, s'inscrivent dans la définition, en contradiction, une référence au seul support des valeurs, au « titre », et une possibilité de transmission de ces dernières, tant par inscription en compte que par « tradition ». D'autant que la même loi précise, à son article 7-I, alinéa 2, que « *les parts sont des valeurs mobilières* », semblant ainsi faire de l'actionnaire créancier le copropriétaire, et donnant alors à la même personne, en vertu du même droit, les qualités non cumulables de propriétaire et de créancier⁵¹, c'est-à-dire la titularité, à la fois d'un droit dans et d'un droit contre la société. Dès lors, la nature juridique des valeurs mobilières est fuyante, et il n'est pas certain que la révolution annoncée en 1981 ait bien eu lieu.

81 La valeur mobilière est avant tout une créance, soit un rapport d'obligation entre le propriétaire et la société émettrice ; en vertu du droit qui la fonde, le propriétaire va, en effet, pouvoir exiger de la société un paiement. Envisagée du côté actif, cette créance est donc certainement une valeur appropriée⁵² et cessible⁵³, c'est-à-dire un bien⁵⁴. Mais ce dernier n'est

⁴⁸ P. LE CANNU y voit plutôt un concept ambiguë et négatif : les valeurs mobilières ne sont, selon l'article 529, ni immobilières, ni incorporelles. V. « L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », *Bull. Joly*, avr. 1993, § 113, n^{os} 15 et s., p. 402 et s.

⁴⁹ Elle est auto-limitative. V. loi n^o 88-1201 du 23 déc. 1988 « *relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances* » : « *Sont considérés comme valeurs mobilières pour l'application de la présente loi les titres émis par des personnes morales publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine* ». V., désormais, art. L. 211-2 C. mon. fin. – Pour une critique, v. F. ZENATI et A. COEURET, *RTD civ.*, 1989, p. 165 ; pour une proposition de complément, v. B. OPPETIT, « La notion de valeur mobilière » in *L'Europe et le droit des valeurs mobilières, Banque et droit*, n^o spécial, 1991, p. 5 ; pour une appréciation en demi-teinte, v. F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés*, août-sept. 2000, § 185, n^o 9, p. 770.

⁵⁰ Loi de finances n^o 81-1160 du 30 déc. 1981, art. 94-II.

⁵¹ Voir F. ZENATI et A. COEURET, *op. cit.*, p. 167. Dans le même sens, v. Y. GUYON, *op. cit.*, n^o 1, p. 451 ; P. GOUTAY, « La notion de valeur mobilière », *D.*, 1999, chron., n^o 2, p. 227.

⁵² La propriété de la créance est légalement affirmée : voir, par exemple, les articles 1980 et 1983 du Code civil, concernant les rentes viagères.

⁵³ Voir les articles 1689 et suivants du Code civil, qui régissent le « transport des créances ».

⁵⁴ Voir S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n^o 13, p. 35 : « *Ne perdons pas courage et reprenons une dernière fois la comparaison de Planiol qui nous a servi de point de départ : " Etre propriétaire d'une maison et être créancier de 500 francs qu'on a prêtés. " Se pourrait-il vraiment que, sous le rapport de l'appartenance, propriété et*

pas, en soi, directement perceptible par les sens ; il doit alors emprunter le corps d'un autre bien pour être représenté⁵⁵.

82 L'article 529 du Code civil opère la confusion fictive de ces deux biens, en déterminant que certaines créances sont réputées meubles. La réforme de 1981, en dématérialisant uniquement le support de la valeur, provoque la caducité de la fiction pour une large part des biens concernés⁵⁶ : en dissociant de nouveau la valeur du bien qui la supporte, elle ne cause pas une modification de la nature physique de celle-là, mais elle agit plutôt sur la constitution de celui-ci qui, seul, se dématérialise vraiment. Toutefois, la nature juridique de la valeur est bouleversée : elle perd sa qualité fictive de meuble pour recouvrir celle de bien incorporel ; en cela peut-on dire qu'il y a bien eu dématérialisation juridique. Les actionnaires sont alors, au même titre que les autres créanciers de la société, propriétaires de biens incorporels qu'ils peuvent ainsi protéger.

83 LA PROTECTION PÉNALE DE CETTE PROPRIÉTÉ. – La protection pénale des valeurs mobilières est assurée, avant comme après la réforme de 1981, par les incriminations fondamentales du livre III du Code pénal, c'est-à-dire principalement le vol⁵⁷, l'abus de confiance⁵⁸ et l'escroquerie⁵⁹. On pourrait alors, en connaissance de ce qui précède, tout autant penser que le juge pénal concède la fiction, considérant les valeurs mobilières comme des biens meubles ou, à l'inverse et plus simplement, qu'il se contente de tirer les conséquences de la nature physiquement appropriable des biens concernés⁶⁰. Toutefois, dans

créance s'identifie au point d'être méconnaissables ? La différence saute aux yeux : ce qui appartient au propriétaire, c'est la maison ; par contre, ce qui appartient au créancier, ce n'est pas la somme d'argent, mais simplement la créance s'y rapportant. Autrement dit, une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété. – Adde Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 31 : « si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du respect des biens » ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2008, *Bull. civ. I*, n° 190 : *idem*.

⁵⁵ V. *supra*, n° 35 ; *infra*, nos 380 et s.

⁵⁶ V. *infra*, nos 401-407

⁵⁷ V., par ex., Cass. crim., 18 janv. 1989, inédit, pourvoi n° 88-81713. – Pour un recel consécutif à un vol, v. par ex. Cass. crim., 11 févr. 1964, *Bull. crim.*, n° 46 ; Cass. crim., 25 juin 1969, *Bull. crim.*, n° 212 ; Cass. crim., 8 févr. 1988, inédit, pourvoi n° 87-80507 ; Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.*, n° 25.

⁵⁸ V., par ex., Cass. crim., 3 nov. 1967, *Bull. crim.*, n° 283 ; Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 (v. *infra*, nos 351-352) ; Cass. crim., 18 sept. 2001, inédit titré, pourvoi n° 01-81177 ; Cass. crim., 20 avr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-86195.

⁵⁹ V., par ex., Cass. crim., 27 nov. 1978, *Bull. crim.*, n° 329 ; Cass. crim., 3 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81001. – V. aussi, par ex., la référence faite à un jugement de tribunal correctionnel, dans l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1983, *Bull. civ. I*, n° 208.

⁶⁰ Exemple comparable : le juge pénal semble ne pas prendre en compte la fiction de l'immobilisation par destination. En réalité, le bien une fois détaché n'est, quoi qu'il arrive, plus un immeuble. Cependant, il est tout

cette dernière hypothèse qui, au demeurant, n'est pas la moins crédible⁶¹, un tel constat s'associe nécessairement à la reconnaissance d'une ouverture possible de l'ensemble de ces incriminations au domaine de l'immatériel, les biens en question étant de nature plus intellectuelle que corporelle. Cependant, la nature juridique des valeurs mobilières n'étant pas encore véritablement uniforme, toute conclusion en la matière s'avère, pour le moment, hasardeuse : seuls certains des biens ainsi protégés le sont en tant que choses incorporelles. En effet, le vol de ces valeurs s'opère généralement par ou concomitamment à la préhension de leur support, la nécessité matérielle de ce dernier facilitant l'assimilation juridique entre les deux biens alors soustraits.

84 Par conséquent, si le droit répressif classique s'avère assurément apte à protéger les valeurs mobilières et, plus largement encore, les créances, cette défense ne se produit pas par l'adaptation de la technique de celui-là à la nature particulière de celles-ci, mais par l'adaptation de la nature particulière de celles-ci à la technique de celui-là. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une dématérialisation déterminée par la loi pénale, mais d'une dématérialisation consécutive aux aptitudes du système pénal, sur laquelle il faudra revenir.

B. La protection pénale de la propriété de la société : une véritable dématérialisation

85 LA PROTECTION DE LA PROPRIETE DE LA SOCIETE PAR LE DROIT PENAL. – Le droit pénal spécial des sociétés est, dès son origine et au fur et à mesure des réformes, un droit protectionniste plutôt que dirigiste⁶². Il est, avant tout, protecteur de son objet spécifique, la société, et le législateur, constant dans son souci de la défendre, n'a fait que récemment le choix de la responsabiliser⁶³. Cette sphère protectrice s'est construite autour du patrimoine de la société, dont la défense constitue la cause de la plupart des règles ainsi regroupées. Le patrimoine représente, en effet, le substrat de l'intérêt social : facteur de contentement de tous lorsqu'il n'est qu'actif, il est le foyer des préjudices de chacun des membres de

aussi évident que le fait n'est alors pas de la volonté du propriétaire. Voir, pour un exemple, Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96 : sanction d'un vol d'arbres sur pieds.

⁶¹ V. *infra*, n° 836.

⁶² Voir M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, coll. Thémis, PUF, 2000 (4^{ème} éd.), p. 316. Le dirigisme est, en effet, plutôt un trait du droit pénal économique *stricto sensu* : v. J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 3, p. 6. – D'un autre point de vue, l'affirmation doit cependant être nuancée : v. *infra*, n° 817.

⁶³ V. *supra*, n° 72.

l'« entreprise »⁶⁴, quand il n'est plus que passif. L'atteinte portée au patrimoine social ne paraît donc pas pouvoir se condenser en une atteinte portée à la propriété de la société.

- 86** Les hésitations, voire les contradictions, du juge pénal en matière d'ouverture de l'action civile en droit pénal des sociétés renforcent cette intuition première : est-il cohérent, par exemple, de poser que l'abus de biens sociaux « *a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »⁶⁵, tout en empêchant durablement aux créanciers et aux salariés de la société de se constituer partie civile⁶⁶ ? En réalité, outre que l'affirmation qui précède ne représente qu'une étape – aujourd'hui dépassée – au sein d'une jurisprudence en formation, la plupart des préjudices concernés, qu'il s'agisse de celui que subissent personnellement les associés, ou de ceux qui lèsent les créanciers et les salariés, ne répondent pas aux conditions posées par l'article 2 du Code de procédure pénale : souffrant, tous et chacun, effectivement de l'infraction, ils n'en souffrent que médiatement ; leur préjudice, bien que personnel, n'est qu'indirectement causé par l'infraction, dont ils ne constituent finalement que des victimes par ricochet⁶⁷. Le premier préjudice subi dans la chaîne causale et, partant, le seul à être directement provoqué par l'infraction, est celui de la société. Ces incriminations ont donc pour cause de protéger la société et, plus précisément, la propriété sociale⁶⁸.
- 87** L'abus de biens sociaux paraît en apporter le meilleur éclairage, à ceci près que certains auteurs prétendent que la pratique judiciaire aurait fait de cette incrimination, de simple délit d'appropriation, une sanction de la mauvaise gestion de la société⁶⁹.

⁶⁴ Voir M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, coll. Bibl. dr. privé, t. 1, LGDJ, 1957.

⁶⁵ Cass. crim., 19 oct. 1971, *Bull. crim.*, n° 272. V. aussi, par ex., Cass. crim., 8 mars 1967, *Bull. crim.*, n° 94 ; Cass. crim., 26 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 206.

⁶⁶ Voir A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », in *JCP E.*, 1995, I, n° 500 : il peut être logique de ne protéger que la société et, ainsi, de n'ouvrir l'action civile qu'aux actionnaires lorsqu'ils agissent *ut singuli*. Mais affirmer que le délit d'abus de biens sociaux existe aussi dans l'intérêt des tiers implique d'ouvrir l'action civile aux créanciers et aux salariés. – Sur le refus du juge pénal d'ouvrir l'action civile, v. par ex., à propos des créanciers : Cass. crim., 9 nov. 1992, *Bull. crim.*, n° 361 ; à propos des salariés : Cass. crim., 27 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 439.

⁶⁷ « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* », étant précisé que « *l'action civile devant les tribunaux répressifs, ayant pour résultat nécessaire de mettre en mouvement l'action publique, est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement enfermé dans les limites fixées par l'article 2 du Code de procédure pénale* » : Cass. crim., 25 févr. 1897, *S.*, 1898, I, p. 201, note J.-A. ROUX. – Pour une grille de lecture plus précise de cette jurisprudence, v. *infra*, n°s 769 et s., spéc. n°s 778 et s.

⁶⁸ Autre conséquence de cette *ratio legis* : la Cour de cassation se reconnaît compétente même si la société préjudiciée a son siège social statutaire à l'étranger, à condition principalement que son capital soit détenu majoritairement par une société française : v., pour un abus de biens sociaux, Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n° 28.

⁶⁹ Voir B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.*, 1995, p. 304 et s.

- 88 L'EXEMPLE DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX.** – L'abus de biens sociaux demeure pourtant, aujourd'hui encore, une appropriation frauduleuse. Dématérialisation et libéralisation originaires⁷⁰ nécessaires de l'abus de confiance, l'abus de biens s'additionne, au sein d'un même texte d'incrimination, aux abus du crédit de la société, des pouvoirs que les dirigeants possèdent ou des voix dont ils disposent⁷¹. La protection de la société apparaît donc, *a priori*, comme multipolaire et, strictement entendu, l'abus de biens sociaux ne sanctionnerait que les atteintes au patrimoine social qui prennent la forme d'une confusion consciente et volontaire, par le dirigeant, de son patrimoine personnel et de celui de la société.
- 89** En réalité, toute la spécificité et, corrélativement, toute la légitimité de l'incrimination, se cristallisent dans cette disposition principale. En matière d'abus de confiance, en effet, il existe généralement deux personnes physiquement distinctes, à propos desquelles il est la plupart du temps aisé de savoir qui est le propriétaire de la chose, et qui n'est titulaire que d'un droit précaire sur cette dernière. En matière d'abus de biens sociaux, en revanche, si deux personnes juridiquement distinctes sont également en présence, la réalisation de la personnalité morale ne peut s'opérer que par le biais d'au moins une personne humaine qui, en tant que telle, est déjà dotée d'un patrimoine propre. Le dirigeant, puisque c'est alors de lui dont il s'agit, use ainsi concomitamment de deux patrimoines dissemblables, selon deux intérêts qui diffèrent, et seule la confusion de ces intérêts peut produire l'infraction, ce comportement étant nécessairement, en raison de l'identité physique du gestionnaire des deux patrimoines, plus difficile à déterminer matériellement que celui de l'abus de confiance. C'est pourquoi le texte d'incrimination se fait plus précis, en indiquant, par exemple, que l'usage sanctionné des biens doit être fait « *à des fins personnelles* » – ou pour favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant est intéressé, ce qui n'est qu'une forme de fin personnelle –, et en connaissance de sa contrariété à l'intérêt de la société. Le détournement de l'affectation

⁷⁰ Les deux infractions présentent beaucoup de similitudes depuis l'élargissement du domaine de l'abus de confiance, par le Code pénal de 1992, puis par le juge pénal : sur l'élargissement, v. C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 303 et s. ; M. VERON, « L'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1153 et s. ; sur les similitudes, v. L. GODON, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », in *Rev. soc.*, 1997, p. 289 et s. L'usage contraire à l'intérêt social, élément matériel de l'abus de biens sociaux, n'est, en effet, qu'une forme de détournement, élément constitutif de l'abus de confiance. *Contra* cependant : D. REBUT, « L'abus de biens sociaux par abstention », *D.*, 2005, chron. p. 1291, n^{os} 3-6, pour qui le détournement ne constitue pas l'élément matériel de l'abus de biens sociaux. – Certaines législations étrangères n'ont, ainsi, pas adopté d'incriminations spécifiques : v. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, Annexe 5, « Eléments de droit comparé sur quatre infractions d'affaires », I, p. 647-648.

⁷¹ Art. L. 242-6, 3^o et 4^o, C. com., pour les SA ; art. L. 241-3, 4^o et 5^o, C. com., pour les SARL ; art. L. 243-1 C. com., pour les sociétés en commandite par actions ; art. L. 244-1 C. com., pour les sociétés par actions simplifiées ; art. L. 231-11, 4^o, C. mon. fin., pour les sociétés civiles de placement immobilier.

du bien⁷², et la confusion consécutive entre les deux patrimoines, sont ainsi clairement exposés dès le texte, chacune de ces composantes se justifiant parfaitement : d'un acte dont il apparaît qu'il peut être fait dans un intérêt personnel, élément matériel objectif, il va falloir démontrer qu'il a été sciemment dirigé contre l'intérêt social, élément moral nécessaire au complément du précédent. De la sorte, discrimine-t-on, dès l'incrimination, les actes non équivoques des actes équivoques puis, au sein de ces derniers, donne-t-on le critère de sélection qui ne peut être que subjectif, le dirigeant ayant toujours, en apparence, le droit d'user des biens de la société. L'imprécision de la notion d'« usage », socle de l'élément matériel de l'infraction, est donc compensée par ses ornements légaux. A cela, il faut ajouter que le juge pénal veille à la pérennité de l'esprit du texte.

90 A cette dernière fin, le juge définit lui-même l'intérêt social. S'en tenir, par exemple, à la définition qu'en donneraient les organes de la société serait, *a priori*, immuniser, s'ils sont dirigeants, les associés majoritaires contre la responsabilité d'une décision contraire aux intérêts des associés minoritaires et, *a posteriori*, créer une sorte de fait justificatif subjectif par consentement de la victime⁷³. La Cour de cassation a ainsi précisé, dans un arrêt du 5 novembre 1963, que « *le délit d'abus de biens sociaux a été prévu non dans l'intérêt des associés mais pour protéger le patrimoine social dans l'intérêt de la société elle-même et des tiers* »⁷⁴ puis, moins fermement, dans un arrêt du 19 octobre 1971, qu'il « *a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »⁷⁵. La formule est alors large, encore, voire en contradiction, du moins en partie, avec celle qui précède ; mais elle n'occulte pas, en revanche, le fait que tous les intérêts se cristallisent dans le patrimoine social et, surtout, que c'est l'atteinte primaire à la propriété de la société qui provoque, médiatement, des atteintes par ricochet. L'infraction s'appréciant au moment de sa commission⁷⁶, c'est bien la lésion de la propriété sociale qui, seule, est sanctionnée par le juge pénal. C'est pourquoi, dans son dernier état, la jurisprudence ne laisse subsister aucun doute concernant la *ratio legis* de

⁷² Voir A. DEKEUWER, *op. cit.*, n° 11, p. 424 : « *La notion qui commande la qualification d'abus de biens sociaux est probablement moins celle d'atteinte à l'intérêt social que celle d'acte contraire à l'affectation du patrimoine social au service de l'activité de l'entreprise* ». On rejoint, ainsi, la définition classique du détournement : v. par ex. W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, « Abus de confiance », n° 47, p. 8 : le détournement est « *analysé comme un changement de destination de la chose remise à une fin précise* » ; v. aussi *infra*, n° 219 et s.

⁷³ C'est pourquoi le *quitus* ne peut pas justifier l'infraction : v., par ex., Cass. crim., 30 sept. 1991, inédit, pourvoi n° 90-83965.

⁷⁴ *Bull. crim.*, n° 307.

⁷⁵ Préc.

⁷⁶ V., en ce sens, Cass. crim., 16 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 17.

l'incrimination. En effet, logique jusqu'à l'excès, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse d'exonérer le père qui a constitué une SARL avec son fils malgré « *l'exacte coïncidence entre les patrimoines individuel et social* »⁷⁷. De même, elle n'hésite pas à condamner l'associé unique d'une EURL⁷⁸, et ne fait pas jouer l'immunité familiale entre conjoints associés⁷⁹. D'un point de vue plus ciblé, mais dans une logique similaire, l'infraction n'est, à l'inverse, pas constituée, s'il s'avère finalement que le bien n'appartient pas à la société⁸⁰.

91 UNE DEMATERIALISATION DE L'OBJET ANTERIEURE A CELLE DES MECANISMES DE PROTECTION. – Au sein de l'élément matériel, seule la notion d'« usage » semble donc rester obscure. En réalité, son indétermination est volontaire, puisqu'elle se justifie, précisément, par la largeur potentielle de son objet. La notion d'« usage » est, en effet, utilisée pour les quatre formes d'abus prévues par la loi : biens, crédit, pouvoirs ou voix de la société. Or, malgré ce lien de définition entre le comportement sanctionné et son objet, les auteurs s'intéressent généralement plus au premier qu'au second ; ils présentent, la plupart du temps, l'incrimination sous une appellation unique avant de constater, paradoxalement, sa dualité textuelle, puis d'offrir quelques éléments de discrimination entre ses quatre objets. Une étude comparative de ces derniers n'apparaît pourtant pas inutile, afin notamment de mieux appréhender la notion d'« usage ». L'appellation traditionnelle de l'infraction, « abus de biens sociaux », offre pour cela un critère comparatif sûr.

92 Partant, ainsi, de la notion de bien, un premier constat s'impose : elle paraît plus compréhensive que celle qui est contenue au sein des incriminations traditionnelles du Code pénal⁸¹. En droit des sociétés, effectivement, le bien est, plus encore qu'en droit civil, indifféremment corporel ou incorporel, contrairement au droit pénal plus classique, pour lequel le bien est, du moins pour le moment, certainement matériel, exceptionnellement immatériel et, sauf texte ajusté, jamais immobilier⁸². La dématérialisation de l'objet de l'abus de biens sociaux a donc bien eu lieu, mais elle est passée inaperçue tant elle s'est opérée dans

⁷⁷ Cass. crim., 26 mai 1994, préc.

⁷⁸ Cass. crim., 14 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 208.

⁷⁹ Cass. crim., 13 avr. 1967, *Bull. crim.*, n° 119 : « *Attendu [...] que ne saurait bénéficier de l'immunité de l'article 380 du Code pénal celui qui est inculpé d'abus de biens sociaux, délit qui porte atteinte simultanément au patrimoine social et au patrimoine de l'associé* ».

⁸⁰ CA Paris, 12 janv. 1990, *Dr. pén.*, 1990, comm. n° 271, note J.-H. ROBERT : les primes détournées ayant été attribuées personnellement au dirigeant, il n'y a pas abus de biens sociaux.

⁸¹ A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. I, Cujas, 1982, n° 984, p. 778.

⁸² V. *infra*, n°s 117 et s.

le plus parfait des consensus. La réalité économique semble même avoir été à ce point intégrée par le droit pénal que, pour la Cour de cassation, est devenu répréhensible « *tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social* »⁸³.

- 93 Interpréter cette solution, à l'instar de certains auteurs⁸⁴, comme posant l'inutilité du préjudice pour constituer l'infraction, conduit cependant à assimiler l'effet à la cause. S'il n'existe pas de préjudice, en l'espèce, c'est, préalablement, parce qu'aucun bien n'a véritablement été affecté. Le patrimoine social a, certes, couru un risque réel, mais il s'en est finalement tiré indemne : l'acte n'ayant pas atteint son objectif, il n'a consécutivement pas produit d'effet dommageable. La décision de la Cour de cassation paraît alors contestable, et ne peut guère trouver une justification, semble-t-il, qu'en considération de la jurisprudence européenne. Au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, en effet, le bien peut représenter une simple valeur patrimoniale, et la lésion de cette dernière peut se matérialiser en la seule perte de l'« *espérance légitime* » de l'obtenir⁸⁵. Avoir fait courir un risque anormal au patrimoine social, n'est-ce pas, en définitive, avoir sciemment fait perdre à la société l'espérance légitime d'un profit ? L'analyse est séduisante, à ceci près que la notion européenne ne se greffe que sur une chose connaissant déjà d'« *une base suffisante en droit interne* », c'est-à-dire sur un profit assuré par le droit, qui peut dès lors être analysé comme une créance, soit comme un bien⁸⁶. Il reste donc nécessaire de le caractériser comme tel, et le seul risque ne peut certainement pas suffire, en principe, à fonder une condamnation pour abus de biens sociaux.
- 94 L'abus du crédit de la société, situé dans la même phrase que l'abus de biens au sein de leurs incriminations, n'est, généralement, pas clairement distingué de ce dernier. Le crédit représentant la « *confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité* »⁸⁷, l'usage de celui de

⁸³ Cass. crim., 16 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 16.

⁸⁴ V. par ex. J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 375, p. 343.

⁸⁵ V. Cour EDH, « *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 20 nov. 1995, §§ 29 et s. ; puis, pour une définition plus claire et deux applications récentes, v. Cour EDH, « *Maurice c. France* », 6 oct. 2005, §§ 63 et s., et « *Draon c. France* », 6 oct. 2005, §§ 65 et s. ; enfin, pour un essai de théorisation de la notion, v. Cour EDH, « *Kopecky c. Slovaquie* », 28 sept. 2004, §§ 45 et s. – La notion n'est pas aussi fuyante qu'il y paraît : le caractère légitime de l'espérance exclut de la protection européenne, par exemple, certains objets contractuels licites. Ainsi, les contrats aléatoires n'ont pour objet que l'espérance d'obtenir une chose. Considérer cette espérance comme un objet de propriété contribuerait à effacer l'aléa et, en conséquence, à dénaturer l'obligation. L'espérance légitime est donc celle d'un certain profit, mais elle est surtout celle d'un profit certain.

⁸⁶ V., par ex., « *Maurice c. France* », préc., § 63 ; « *Draon c. France* », préc., § 65. – V. *supra*, n° 81 ; *infra*, n° 327.

⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Crédit.

la société correspond alors à l'utilisation de la réputation⁸⁸ de celle-ci pour effectuer des opérations financières. Corrélativement, son abus prend la forme d'un détournement de cette réputation.

95 La plupart du temps, l'usage réprimé se matérialise en une signature sur un effet de commerce dont le profit sera plus personnel au dirigeant qu'à la société, le paraphe ainsi détourné donnant une valeur économique certaine à la dénomination de cette dernière. Ce qui est alors sanctionné est, en effet, le détournement d'un nom dans un but patrimonial, la cause de ce comportement frauduleux rejoignant nécessairement celle de son interdiction : la valeur économique du nom. Conséquemment, la protection de la dénomination de la société par le biais de l'abus du crédit social ne semble pas pouvoir se résumer à la volonté de préserver un élément d'identification de la société, ou une marque⁸⁹. C'est, en réalité et encore, un véritable bien qui est concerné, sur lequel la société est titulaire d'un droit patrimonial, car elle seule a su le doter d'une forme, d'un contenu, puis d'une valeur économique. L'infraction porte bien sûr atteinte à l'image de la société, celle-ci s'associant par l'acte nominativement, bien qu'involontairement, au délinquant, mais elle porte surtout atteinte à sa propriété⁹⁰. Cette interprétation établissant un lien entre abus de biens et abus de crédit est, de surcroît, parfaitement conforme à la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation, particulièrement avec celle de sa Chambre commerciale.

96 Dans un arrêt du 6 mai 2003, dont la solution a été récemment réitérée⁹¹, la Cour de cassation a effectivement reconnu, à une personne physique, un « *droit de propriété incorporelle* » sur son nom, car elle a su le doter d'une valeur économique par sa notoriété⁹². La notoriété

⁸⁸ Ou la « *renommée commerciale de l'entreprise, née de la bonne marche de l'entreprise, de son capital, du volume et de la nature de ses affaires* » : A. VITU, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁹ Pour les personnes physiques, il existe une infraction d'usurpation de nom « *dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre [son titulaire] des poursuites pénales* » : art. 434-23, al. 1^{er}, C. pén.

⁹⁰ Comp. W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Annexes, V° Sociétés*, fasc. 95, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », n° 13, p. 4 : « *La quasi-certitude de la perte pécuniaire qui en résultera rapproche l'usage de crédit de l'usage de biens, dont il est le prélude* ».

⁹¹ V. Cass. com., 24 juin 2008, *Bull. civ. IV*, n° 129 ; *JCP E.*, 2008, 2466, note Cl.-A MAETZ : « *le consentement donné par un associé fondateur dont le nom est notoirement connu sur l'ensemble du territoire national, à l'insertion de son nom de famille dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part, et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services* ». – En ce sens également, mais *a contrario*, v. Cass. com., 29 janv. 2008, inédit, pourvoi n° 05-20195 : « *en 1981, date de l'acquisition de l'hôtel par la société Hôtelière Martinez Concorde, le nom de Martinez ne bénéficiait d'aucune notoriété, Emmanuel Martinez ayant cessé toute activité depuis des décennies [...]; la renommée du signe à la date du dépôt des marques résultait exclusivement de l'exploitation que la société Hôtelière Martinez Concorde avait fait de la dénomination* ». En conséquence, le dépôt de marques nominatives par la société en question est valable.

⁹² « *Le consentement donné par un associé fondateur, dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans*

pouvant, ainsi, fonder la valeur patrimoniale du nom d'une personne physique, il est alors aisé de concevoir qu'une telle valeur puisse se déduire de la renommée d'une structure ostensiblement dotée de moyens financiers importants ; d'autant que, la plupart du temps, au sein des fonds d'une entreprise, certains ont précisément pour objet d'assurer le rayonnement social de sa dénomination. La Cour de cassation en a logiquement pris acte, en concédant par exemple, à la société « Bordas », la propriété de son patronyme. Ce dernier a, en effet, selon elle, pris la nature d'un « *signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte, pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue* »⁹³. En considération de ces différentes solutions, le crédit de la société apparaît en définitive seulement, malgré son immatérialité, comme une forme de bien social, logiquement protégé, à ce titre, par l'incrimination d'abus de biens sociaux.

97 L'abus des pouvoirs et des voix de la société paraît, en revanche, obéir à une autre logique. Même s'il semble ressortir des textes une forme d'appartenance – pouvoirs « *qu'ils possèdent* » ou voix « *dont ils disposent* » posent, en effet, les incriminations –, il en ressort également que le bénéficiaire serait alors le dirigeant, plutôt que la société. Ce paradoxe démontre que, en ce qui concerne ces infractions, l'analyse du rapport de propriété est plus complexe : l'affectation des pouvoirs du dirigeant, qui ne peut user de ces prérogatives dans son intérêt personnel, lorsque ce dernier ne s'avère pas conforme à l'intérêt social, démontre que, loin d'exercer une propriété, il est un simple détenteur précaire, possédant des biens confiés par la société, pour le compte de celle-ci. Quoi qu'il en soit, ces deux abus représentent surtout le moyen privilégié de commettre tout abus de biens sociaux classique⁹⁴, d'autant que le juge pénal ne se donne pas toujours la peine de distinguer entre les différentes qualifications envisageables et que, lorsqu'il le fait, c'est celle d'abus de biens qui est, la plupart du temps, favorisée. Or, tant pour cet abus précis, qu'en ce qui concerne les abus plus spécifiques, il paraît difficile de contester qu'une dématérialisation s'est, au stade de l'objet, véritablement opérée.

accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services ; [...] en statuant ainsi, alors qu'il n'était ni établi, ni même allégué que M. X... aurait renoncé à ses droits de propriété incorporelle sur son patronyme, la cour d'appel a violé les textes susvisés » : Bull. civ. IV, n° 69 ; D., 2003, juris. p. 2228, note G. LOISEAU ; Comm. com. électr., 2003, comm. n° 70, obs. C. CARON ; JCP G., 2003, II, 10169, note E. TRICOIRE.

⁹³ Cass. com., 12 mars 1985, Bull. civ. IV, n° 95.

⁹⁴ Voir W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n° 21, p. 6.

- 98** UNE DEMATERIALISATION DETERMINANTE DES MECANISMES DE PROTECTION : RAPIDES PROLEGOMENES A L'ETUDE DE L'ACTE⁹⁵. – C'est, ainsi, en considération d'un bien dématérialisé dès l'incrimination qu'il faut envisager un acte lui portant atteinte ; la dématérialisation est donc la cause de la détermination de la notion d'« usage », cette dernière portant nécessairement les stigmates de cette genèse. Forcée pour saisir ce qui n'a pas de corps, elle doit alors être, à l'image de son objet, compréhensive.
- 99** L'appropriation ostensible d'un bien social par le dirigeant constitue, sans difficulté, l'élément matériel de l'infraction, particulièrement lorsqu'elle prend la forme d'un acte de disposition⁹⁶. Le problème de l'appréhension de la notion d'« usage » se pose donc plutôt lorsqu'il s'agit d'un simple acte d'administration, figure classique de l'*usus*, accompli par un dirigeant qui en possède le pouvoir. Envisagé de la sorte, l'usage se fait éventail d'actions possibles, la Cour de cassation sanctionnant même parfois, à ce titre, le non-usage⁹⁷.
- 100** En effet, comme le bien de l'abus de biens sociaux représente, originairement du moins, une notion au contenu plus large que celle de bien dans le cadre de l'escroquerie, par exemple, l'usage du premier jure avec celui de la seconde, ce dernier ne s'entendant que d'une action⁹⁸. Comprendre négativement l'usage permet de tirer toutes les conséquences du fait qu'un dirigeant se comporte, la plupart du temps, comme le propriétaire des biens de la société, puisqu'il dispose de la faculté de faire – et donc de ne pas faire – sur ceux-ci un acte, de quelque nature qu'il soit⁹⁹. Fait usuellement positif, l'usage se dématérialise donc à son tour, pouvant être insaisissable en soi, tout en restant véritablement effectif. Seule est alors sanctionnée l'omission effective, qui porte concrètement atteinte au patrimoine social, et

⁹⁵ Les développements qui suivent s'inscrivent dans une étude qui justifie une narration distincte, située *infra*, n^{os} 164 et s. Toutefois, cette étude étant, par logique, conséquente à celle de l'objet (v. *supra*, n^{os} 18 et s.), il apparaît opportun de présenter conjointement, pour au moins une incrimination, les deux études, ne serait-ce que pour dessiner plus concrètement leur relation.

⁹⁶ Au sens restreint du terme. Voir W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n^o 24, p. 6 : « L'usage, c'est bien entendu tout d'abord l'appropriation ou la dissipation, et l'on rejoint ici l'élément matériel de l'abus de confiance ».

⁹⁷ L'omission d'agir : v. Cass. crim., 15 mars 1972, *Bull. crim.*, n^o 107 ; ou l'« abstention volontaire » : v. Cass. crim., 28 janv. 2004, inédit, pourvoi n^o 02-88094. Sur ce point, v. D. REBUT, *op. cit.*, p. 1291, n^{os} 7 et s.

⁹⁸ En ce sens, A. VITU, *op. cit.*, t. I, n^o 985, p. 779 : « Les tribunaux sont même allés plus loin en regardant comme constitutif d'un usage une omission d'agir, par exemple, la non-réclamation d'une créance née au profit de la société à la suite de livraison de marchandises, ce qui est donner au mot usage un sens audacieusement large, qui jure avec celui que ce terme revêt en matière d'escroquerie (usage d'un faux nom, d'une fausse qualité) où il ne concerne que des actes positifs ». V. aussi D. REBUT : *op. cit.*, p. 1291, n^o 5, où l'auteur démontre que la législation entend généralement l'usage comme un acte exclusivement positif.

⁹⁹ Dans un sens proche, v. P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'abus de biens sociaux », in *Dr. pén.*, 2000, hors-série déc., comm. n^o 2, p. 13 : « Cette jurisprudence s'inscrit dans le droit fil des décisions considérant que l'abstention dans la fonction doit être appréciée globalement au point de permettre de caractériser une attitude qui est positive. Nul doute que lorsqu'un individu a pour fonction d'agir (ce qui est très certainement le cas d'un dirigeant), et que volontairement il s'abstient de le faire, son abstention doit être assimilée à l'action ».

consciente et volontaire, c'est-à-dire faite en connaissance et par recherche du résultat envisageable. C'est ce que précise un arrêt du 28 janvier 2004, lorsqu'il pose que « *l'usage [...] peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention* »¹⁰⁰.

101 Concevable techniquement¹⁰¹, et logique d'un point de vue perspectif, cette interprétation de la notion d'« usage » paraît cependant rendre l'appréciation de l'infraction trop complexe. C'est pourquoi la Cour de cassation a paru, un temps, revenir vers plus de facilité¹⁰², dans un arrêt du 20 mars 1997. A cette occasion, elle a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait condamné le dirigeant d'une société au motif qu'il avait toujours su et couvert les agissements d'un autre dirigeant, car la juridiction du fond n'avait pas, ainsi, caractérisé la participation personnelle de l'intéressé aux faits¹⁰³. En réalité, cette solution n'a fait qu'apporter une précision de plus au sein d'une jurisprudence déjà systématisée et logique : le dirigeant avait, en l'espèce, plus le caractère d'un complice, que d'un auteur direct ; sa participation personnelle faisait donc défaut sous la qualification d'auteur d'un abus de biens sociaux. Par conséquent, une telle décision illustre simplement la principale difficulté posée par un régime élargi de l'abus de biens sociaux : la discrimination entre les qualifications d'abus, de complicité d'abus, et de recel de la chose provenant d'un abus.

102 Enfin, la conception négative de l'usage permet de mieux comprendre une partie importante de la politique criminelle menée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans le but d'instaurer une prescription de l'action publique dérogatoire au droit commun¹⁰⁴ : l'appréciation de l'infraction étant complexe, en raison surtout de sa dématérialisation, il est

¹⁰⁰ Préc. (nous soulignons).

¹⁰¹ En ce sens, C. MASCALA, D., 2004, pt de vue, p. 3050 : « *L'acte d'usage est conçu largement par la jurisprudence qui considère que le délit peut être réalisé tant par une action que par une abstention, ce sens ne découle pas naturellement des termes de la loi mais il est concevable* ».

¹⁰² Et non d'orthodoxie. V. toutefois, dans le sens de l'orthodoxie, W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n° 25, p. 6.

¹⁰³ Inédit, pourvoi n° 96-81361.

¹⁰⁴ Délit instantané, l'abus de biens sociaux devrait se prescrire à compter du jour de sa commission (art. 7 et 8 C. proc. pén.). Or, toute une évolution jurisprudentielle a conduit à faire reculer le point de départ de la prescription au jour où le délit a pu être constaté, c'est-à-dire, selon la Cour de cassation, au jour de la présentation des comptes annuels aux associés voire, s'il y a « dissimulation », notion désormais contrôlée par la Cour de cassation, plus tard encore. V. Cass. crim., 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, n° 321 : « *en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté* » ; Cass. crim., 10 août 1981, *Bull. crim.*, n° 244 : « *le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* » ; Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 159 : « *la prescription de l'action publique n'aurait pu commencer à courir à leur égard, sauf dissimulation, qu'à compter de la présentation des comptes annuels de l'exercice [...]* » ; Cass. crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 164 : « *Attendu que la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société* » ; Cass. crim., 16 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 05-81185 : « *l'établissement de factures non causées destinées à justifier dans les comptes sociaux d'opérations fictives constitue une dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription [...]* ». V. aussi, encore récemment, Cass. crim., 28 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-81434.

préférable de ne faire débiter le délai de prescription qu'au jour de l'apparition du délit. Si dissimuler un comportement actif est peu aisé, dissimuler une abstention l'est beaucoup plus, et la découverte du délit, par la victime, est nécessairement plus tardive. Pour l'abus de biens sociaux, de l'objet protégé au comportement sanctionné, la dématérialisation a donc bien eu lieu.

§ 3. Le moyen de cette détermination : la notion de bien en droit pénal des sociétés

103 LA PLURALITE DU CONTENU DE LA NOTION DE BIEN SOCIAL. – Le bien social est la chose qui appartient à la société ; il est une part de l'actif – au sens large – de cette dernière, chaque part identifiable de cet actif représentant donc un bien social. Toute incrimination qui sanctionne l'atteinte à une part de cet actif protège, ainsi, la propriété de la société. L'abus de biens sociaux n'est, dès lors, pas le seul mécanisme de protection pénale du patrimoine social ; il n'est, en réalité, que le seul à se référer explicitement à la notion de bien social. D'autres incriminations ont, alors, tout autant vocation à s'appliquer à l'ensemble des biens de la société.

104 En premier lieu, l'infraction de banqueroute, miroir peu reluisant de l'abus de biens sociaux après cessation des paiements par la société¹⁰⁵, peut consister en un détournement ou en une dissimulation de « *tout ou partie de l'actif du débiteur* »¹⁰⁶. Si, débitrice en difficulté, l'entreprise ne représente plus guère qu'une universalité attachée à un intérêt social en péril, l'infraction cause bien une atteinte directe à sa propriété. Simplement, la vocation à survivre de cette dernière sert, exceptionnellement, tout autant l'ensemble des titulaires d'un droit sur la société ou sur son patrimoine, l'entreprise au sens large, que la société elle-même, l'entreprise au sens strict. L'expression « *tout ou partie de l'actif* » démontre que peuvent ainsi être préservés tous les biens, quelques biens, ou un seul bien de la société, qui peut être, notamment, un bien incorporel¹⁰⁷.

¹⁰⁵ V. Cass. crim., 5 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 233 : « *le délit de banqueroute suppose, pour être constitué, l'existence d'une dissipation volontaire d'un élément de patrimoine d'un débiteur en état de cessation des paiements [...]* ».

¹⁰⁶ Art. L. 654-2, 2°, C. com.

¹⁰⁷ V., par ex., Cass. crim., 26 nov. 1998, *Bull. crim.*, n° 319, pour le détournement de codes sources permettant d'adapter, de modifier, et de faire évoluer, en fonction des besoins de la clientèle, des logiciels figurant à l'actif du bilan de la société ; Cass. crim., 14 févr. 2007, inédit, pourvoi n° 06-86721, pour le détournement d'une clientèle.

105 En second lieu, d'autres incriminations protègent, plus spécifiquement, un type particulier de biens sociaux. Le délit d'initié peut, par exemple, dans une certaine mesure, être analysé comme un détournement de biens. En effet, l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier réprime le fait, pour les dirigeants de certaines sociétés, ainsi que pour toute personne disposant, à l'occasion ou dans l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, voire à l'occasion d'une pure opportunité, d'« *informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé* », de les utiliser ou de les communiquer à un tiers, en dehors du cadre normal de la profession ou des fonctions, « *avant que le public en ait connaissance* ».

106 L'information concernée doit, d'abord, être véridique, caractère en apparence anodin¹⁰⁸, mais qui contribue, en réalité, à souligner l'existence tant de l'information que d'une source. Or, l'incrimination précise justement quelle est cette source, puisque c'est à l'occasion de l'exercice de sa profession, et donc la plupart du temps dans le cadre sociétal, que l'auteur prend connaissance de l'information. D'ailleurs, même si l'alinéa 3 de l'article L. 465-1 s'autonomise d'un tel cadre, le juge pénal ne condamne que des personnes ayant un rapport étroit avec une société, durant lequel l'information a été détournée ; la source de l'information est donc toujours la société. La Chambre criminelle précise, ensuite, que les informations doivent être « *précises, confidentielles, de nature à influencer sur le cours de la valeur* », préférant ainsi l'approche objective à l'approche subjective, en appréciant le contenu de l'information, plutôt que les compétences interprétatives de l'auteur¹⁰⁹. Or, si l'influence sur le cours de la valeur ressort certainement de la nature boursière du délit, les caractères de précision et de confidentialité participent à faire de l'information un objet qualifié. La recherche de qualités objectives propres à celle-ci, démarche tant légale que jurisprudentielle, fait alors penser à la qualification d'un bien, en l'occurrence une information, dont le maître serait, précisément, celui qui a su la doter de caractères qui la valorisent.

107 Construit reconnu par le droit, fort d'un contenu intrinsèque qui lui donne une valeur indéniable, l'information a, en effet, nécessairement un auteur et, partant, un maître¹¹⁰ ; secrète et confidentielle, elle lui est exclusive, jusqu'à ce qu'elle atteigne la transparence à

¹⁰⁸ Ou simple discrimination du délit de l'article L. 465-2 du Code monétaire et financier, qui consiste à répandre des informations fausses de nature à agir sur les cours : v. J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 371, p. 337.

¹⁰⁹ V. Cass. crim., 26 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 233.

¹¹⁰ P. CATALA, « La " propriété " de l'information », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n° 6, p. 99 : « *Puisqu'il n'y a pas d'information sans auteur, il ne devrait pas y avoir d'information sans maître* ».

travers sa communication au grand public¹¹¹. Ce n'est donc qu'après cette transmission que la chose devient un service disponible à tous, retombant dans le domaine public et ne justifiant alors plus, tant par l'absence d'intérêt de son contenu, que par la fin de son exclusivité, sans aucun doute liées, l'intervention du droit pénal ; le public bénéficie, ainsi, de son droit à l'information¹¹². Mais, avant cela, c'est selon un modèle comparable à celui de la propriété que s'opère la protection, et c'est bien, semble-t-il, un propriétaire qui est préservé : la société, qui a secrété puis secrété l'information, a vocation à l'utiliser exclusivement avant qu'elle ne soit détournée ou diffusée. Postérieurement, la condamnation d'un tiers qui profite de l'information pour recel confirme le constat que l'information est un bien de la société, protégé à ce titre¹¹³. Enfin, l'exigence que les informations soient « *déterminantes des opérations réalisées* »¹¹⁴, condition qui s'est peu à peu autonomisée¹¹⁵ et qui, permettant une meilleure caractérisation de l'élément moral, conduit à relaxer l'initié, notamment en cas de poursuite de l'intérêt social¹¹⁶, démontre que, même si l'information nuit concrètement au marché, il n'y a pas délit lorsque celle-ci apparaissait à l'auteur comme utile à la société ; l'intérêt de la société semble alors, dans ce cas de figure, primer sur celui du marché.

108 Le délit d'initié se pose, ainsi, comme assurant une double fonction¹¹⁷ : d'un point de vue général, il protège la transparence des marchés et, d'un point de vue plus particulier, il protège une forme de propriété sociale, innommée et immatérielle.

¹¹¹ Voir P. CATALA, « Le marché de l'information (aspects juridiques) », *LPA*, 16 oct. 1995, n° 124, p. 5 et s.

¹¹² Voir P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron. p. 101 et s., n°s 26 et s.

¹¹³ Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 324. La Cour de cassation choisit toutefois la voie du recel-profit, rendant ainsi toute conclusion sur la nature de l'information fallacieuse : « *Si le recel ne peut résulter de la simple détention d'informations privilégiées, il est caractérisé à l'égard de celui, qui, réalisant, en connaissance de cause, des opérations sur le marché avant que ces informations soient connues du public, bénéficie du produit du délit d'initié ainsi consommé* ».

¹¹⁴ Cass. crim., 26 juin 1995, préc.

¹¹⁵ V. CA Paris, 26 oct. 1999, *JurisData* n° 107064 : « *Considérant que le délit retenu suppose d'abord que le cédant ait disposé, en raison de ses fonctions et avant que le public en ait eu connaissance, [...] d'informations précises, confidentielles, de nature à influencer sur le cours de la valeur ; ensuite que ces informations aient été déterminantes des opérations réalisées* » (nous soulignons) ; v. aussi, par ex., Cass. crim., 14 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 178.

¹¹⁶ La décision d'opérer sur le marché ne doit résulter, pour constituer le délit, que de l'information, ou tout au moins celle-ci doit-elle en être la cause déterminante. Dès lors, si cette décision est prise pour d'autres raisons, notamment et principalement celle d'agir au bénéfice de la société, il n'y a pas infraction. V. CA Paris, 26 oct. 1999, préc. ; CA Paris, 11 sept. 2001, *JurisData* n° 152004 (pour un manquement d'initié) ; Cass. crim., 15 mai 1997, inédit, pourvoi n° 96-80399 ; Cass. crim., 14 juin 2006, préc.

¹¹⁷ Voir A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 22, p. 30 : « *Une même infraction peut porter atteinte à plusieurs biens juridiques à la fois. [...] Le délit est en ce cas " pluri-offensif ", comme le disent les criminalistes italiens. Mais, généralement, l'un des intérêts l'emporte sur les autres et donne son coloris principal à l'infraction* ».

109 Parallèlement, et contrairement aux apparences, le délit de répartition de dividendes fictifs contribue également à la protection du patrimoine social. L'article L. 241-3, 2°, du Code de commerce réprime le fait, pour les gérants d'une SARL, « *d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux* »¹¹⁸. Le dividende représente une part du bénéfice net, soit de ce qui reste après la mise en réserve des bénéfices sociaux¹¹⁹. Fruit de l'action¹²⁰, il appartient donc, en principe, par le jeu de l'accession de l'article 551 du Code civil, au propriétaire de cette dernière, c'est-à-dire à l'actionnaire. Toutefois, son existence juridique est subordonnée à la décision de l'assemblée générale de distribuer les bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes. Or, s'il n'y a pas de bénéfices, ou s'ils suffisent juste à constituer la réserve¹²¹, bref s'il n'y a pas de bénéfices distribuables, il ne peut, en réalité, exister de dividende¹²² ; s'il y a malgré tout répartition, le dividende est alors nécessairement fictif¹²³, ou plutôt détourné de sa véritable nature. Distribué comme un fruit de l'action, le « dividende » est resté un produit du patrimoine social, certes détachable du capital, mais portant atteinte à sa substance en cas de détachement. C'est, ainsi, un bien de la société auquel il est porté atteinte.

110 Le droit pénal prend donc en compte différentes sortes de biens sociaux sans expressément les qualifier comme tels. Même lorsqu'elle n'est pas présentée comme l'intérêt directement protégé par une incrimination, la propriété de la société reste parfois défendue, son atteinte constituant souvent le préalable de celles portées aux autres intérêts préservés par le biais du droit pénal des sociétés.

¹¹⁸ V. art. L. 242-6, 1°, C. com., pour les SA ; art. L. 243-1 C. com., pour les sociétés en commandite par actions ; art. L. 244-1 C. com., pour les sociétés par actions simplifiées ; art. L. 231-11, 1°, C. mon. fin., pour les sociétés civiles de placement immobilier. – L'article 26 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 punit des peines de l'escroquerie, au sein des sociétés coopératives, les dirigeants procédant à des répartitions illégales ou ayant distribué aux sociétaires les intérêts et ristournes en l'absence d'excédants d'exploitation.

¹¹⁹ Art. L. 232-11 et L. 232-12 C. com.

¹²⁰ Ou « *participant de la nature des fruits* » : v. Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; Cass. com., 28 nov. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 235 ; Cass. com., 10 févr. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 19.

¹²¹ Or, la mise en réserve est légalement obligatoire : art. L. 232-10 C. com.

¹²² En principe seulement, car l'article L. 232-11, al. 2, C. com., dispose que « *l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition* ». Mais le principe est clairement posé à l'al. 3 : « *Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer* ».

¹²³ Art. L. 232-12, al. 3, C. com. : « *Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif* ». Mais ce qui est à proprement parler fictif, c'est le bénéfice distribuable.

111 L'UNITE DE LA NOTION DE BIEN SOCIAL MALGRE LA SPECIALISATION DES INCRIMINATIONS.

– L'écueil du droit pénal spécial est son défaut d'homogénéité¹²⁴, qui provoque parfois une polysémie faisant d'une notion à vocation unitaire, dont la fonction est clairement définie, un concept hermétique à la synthèse¹²⁵. La cause de cette pluralité de sens réside dans la spécialisation des normes, manifestation du principe de légalité mais, à ce titre, phénomène ambivalent.

112 Le principe de légalité impose, en effet, que chaque comportement soit défini de façon précise, de telle sorte que l'incrimination crée un micro-système qui se suffit à lui-même, et qui n'a que lui-même comme référent¹²⁶. Cependant, ce principe commande, tout autant, et même par imbrication, l'accessibilité et la prévisibilité des normes¹²⁷. L'incrimination doit donc s'inscrire dans un système plus global, par exemple un code, permettant à la fois la connaissance et la compréhension de l'ensemble des interdits pénaux. Or, la polysémie d'une notion utilisée au sein d'incriminations dont l'objet est proche, voire identique, ne répond nécessairement pas à ces impératifs fondamentaux.

113 La notion de bien est, effectivement, la plupart du temps interprétée comme ayant un contenu différent en fonction du degré de spécialisation de l'incrimination : fermement meuble pour les infractions classiques, le bien ne s'ouvrirait à l'immeuble et à l'immatériel que lorsqu'il est social. La spécialisation devient, alors, un facteur de contradiction, et le paradoxe ne paraît disparaître qu'à l'aune des réalités de l'appropriation. Si le bien social est une notion plus ouverte, c'est avant tout en conformité avec la reconnaissance, par le droit des sociétés, de biens de différentes natures, corporels et incorporels, meubles et immeubles. Répondant, tous et chacun, à une définition générale, les différents biens sociaux contribuent à l'enrichissement de celle-ci en obligeant le droit à l'exploration du « *domaine des*

¹²⁴ Voir A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 17, p. 23.

¹²⁵ Voir A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 1, p. 10 : « *Même lorsqu'une notion est employée à plusieurs endroits dans le Code pénal, il est difficile d'en élaborer la synthèse car, se voulant toujours concret, le législateur donne ordinairement, aux termes qu'il emploie, un sens véritable selon les situations qu'ils concernent* » ; n° 17, p. 23 : « *C'est en effet une observation fréquemment relevée qu'un terme employé par le Code pénal à propos d'une infraction déterminée ne doit pas être interprété par référence au sens qu'il peut revêtir dans une autre disposition du même Code, pour une autre incrimination : chaque texte a, pourrait-on dire, son vocabulaire propre, non directement transposable d'un article à un autre* ». – V. aussi *supra*, n° 13.

¹²⁶ Voir A. VITU, *op. cit.*, *loc. cit.* – V. *supra*, n°s 18 et 27.

¹²⁷ V., par ex., Cour EDH « *Sunday Times c. Royaume-Uni* », 26 avr. 1979, § 49 : « *les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par la loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible [...]. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* ». – Adde Cons. const., déc. 99-421 DC, 16 déc. 1999, cons. n° 13 ; CJCE, « *Rechnungshof* », 20 mai 2003, aff. C-465/00.

possibles »¹²⁸. Agissant comme des révélateurs, les biens incorporels issus de la spécialisation du droit pénal œuvrent, ainsi, pour une définition plus juste de l'objet de propriété.

114 LA DETERMINATION DE LA DEMATERIALISATION DE LA NOTION DE BIEN SOCIAL, OUTIL D'INTERPRETATION DE LA NOTION DE BIEN EN DROIT PENAL. – Le droit pénal spécial des sociétés est né du constat de l'insuffisance du droit pénal spécial traditionnel. Ces deux droits sont donc, en principe, complémentaires et alternatifs. Leur exclusion n'a, pourtant, pas à être mutuelle : il faut, mais il suffit, qu'une seule norme apte à régir un comportement s'impose à l'autre, ce qui n'implique pas qu'elles aient un objet différent, mais qu'existe entre elles un facteur effectif de discrimination.

115 Celui-ci semble résider dans la reproduction, par les incriminations qui composent le droit pénal des sociétés, de la diversité et la complexité des relations que supposent la création, puis le fonctionnement d'une société. Il s'agit, notamment, de prendre en compte l'intervention structurelle de la technique de la représentation, ou encore de considérer la nécessité, pour la société, d'engager différents types d'acteurs lors de chacune de ses actions. Par conséquent, sauf à vouloir adapter la répression à une espèce de biens donnée, comme c'est le cas, par exemple, pour le délit d'initié, c'est le cadre dans lequel le bien s'inscrit qui participe à justifier la présence d'incriminations spécifiques au monde des affaires, principalement celle de l'abus de biens sociaux. Le constat de l'identité d'objet entre certaines infractions du Code pénal et d'autres infractions issues de lois pénales annexes ne conduit donc pas, en soi, à conclure à l'inopportunité d'un droit pénal spécial des sociétés¹²⁹. Cette unité d'objet n'est pas, pour autant, ineffective.

116 En effet, contrairement au droit pénal des sociétés, qui a été ouvert aux objets incorporels dès sa détermination, le droit pénal traditionnel a été créé dans un monde où les richesses apparentes étaient majoritairement matérielles. Toutefois, cette dissemblance originaire ne se pose pas comme une fatalité : rien ne semble s'opposer à l'évolution contemporaine du droit pénal commun de la propriété. Plus encore, tout y concourt, puisque cette différence, précisément, n'en est pas vraiment une : la discrimination entre les incriminations concernées s'opérant au stade du cadre, soit de la construction de l'élément matériel, l'objet des atteintes ainsi distinguées a toujours eu vocation à être commun, seul variant le moment de sa considération. L'unité de la notion de bien, éclairée par la spécialisation du droit pénal des

¹²⁸ Comp., pour l'ouverture de l'abus de confiance au domaine de l'immatériel, B. DE LAMY, « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », *D.*, 2005, juris. p. 411 et s.

¹²⁹ *Contra*, en ce qui concerne l'abus de biens sociaux : L. GODON, *op. cit.*, p. 289 et s.

sociétés, implique donc une évolution du droit pénal commun de la propriété, par souci de cohérence, et en conformité parfaite avec l'une des idéologies qui a présidé à l'élaboration des codes napoléoniens : l'uniformisation de la protection des biens. De la sorte, la spécialisation devient un outil d'interprétation du droit pénal de la propriété, le sens privilégié par le législateur et, partant, imposé au juge, conduisant nécessairement à sa dématérialisation.

Section II. LA DEMATERIALISATION ACCUEILLIE PAR LA JURISPRUDENCE

117 L'IMPERATIF PENAL : UNE INTERPRETATION STRICTE¹³⁰. – La loi ouvre, à travers l'article 111-4 du Code pénal, un interstice au juge pour pénétrer en son sein. En étant, en effet, le seul interprète légal de la loi, il participe de l'élément légal¹³¹. Cependant, la consigne, tout autant que l'ouverture, demeure légale : être strict dans son interprétation, c'est-à-dire rester serré à la loi¹³² et ne pas s'en écarter. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il faille adopter une interprétation littérale. La loi est, avant tout, l'expression de la volonté générale, l'expression ne devant aller contre cette volonté¹³³. Le juge pénal n'applique donc pas le texte *ex verbis*, à la lettre ; il l'applique *ex sententia*, à la volonté. Ne pouvant alors agir sur le but, il ne peut qu'agir sur le moyen pour atteindre le but : c'est le seul véritable objet de son interprétation.

118 Parfois, un texte est obscur, nécessitant un éclaircissement ; d'autres fois, un texte est clair et semble, ainsi, ne pas offrir la possibilité d'interpréter ; d'autres fois encore, un texte recèle des potentialités qui n'ont pas été envisagées par le législateur. Or, dans tous ces cas, à la condition de rester serré à la raison de la loi, le juge pénal doit l'interpréter¹³⁴. Sa démarche

¹³⁰ Art. 111-4 C. pén.

¹³¹ En ce sens, W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, « Interprétation de la loi pénale », n° 13, p. 3 : à propos de l'interprétation téléologique, l'auteur pose que « *l'inconvénient se devine aisément : de serviteur du texte, le juge se mue insensiblement en coauteur, corédacteur* ». V. aussi C. BECCARIA, *a contrario*, celui-ci posant que « *le pouvoir d'interprétation des lois pénales ne peut pas être confié [...] aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs* » : *Des délits et des peines*, GF, Flammarion, 1991, § 4, p. 66-67. Comp., à propos de la Cour de cassation, F. ZENATI-CASTAING, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 575, 15 avr. 2003 : « *le juge qui ne dit que la règle de droit n'est pas, a priori, un véritable juge [...]. Les opposants à la loi de 1837, pièce maîtresse de l'institution actuelle, n'hésitaient pas à voir dans cette réforme une intronisation de la Cour de cassation comme législateur* ».

¹³² V. Gaffiot, *V° Strictus* : serré. Selon W. JEANDIDIER, « *le droit pénal est le droit de la rigueur textuelle* » : *op. cit.*, n° 11, p. 3.

¹³³ « *Les lois sont des volontés* », précisait déjà J.-E.-M. PORTALIS : *op. cit.*, p. 100.

¹³⁴ En présence d'un texte clair, il ne reste sans doute plus qu'à qualifier : *Interpretatio cessat in claris*. Pourtant, la généralité et l'abstraction propres à toute loi rendent toujours l'interprétation nécessaire. De même, un texte trop précis ne peut recevoir vocation à s'appliquer qu'à une situation limitée dans le temps, c'est-à-dire à réguler plutôt qu'à régir. C'est pourquoi l'intervention du juge pénal et son interprétation corrélatrice sont en réalité, paradoxalement, un solide facteur de stabilité : elles maintiennent la norme générale. En ce sens, v. R. MERLE,

est téléologique¹³⁵, c'est-à-dire déclarative quant à la fin, mais active quant aux moyens de l'atteindre, et son approche est nécessairement dialectique : « *elle évolue entre la lettre et l'esprit, et c'est de leur interaction, et non de leur opposition, que surgit la signification du texte* »¹³⁶. Cette interprétation, inhérente à la règle posée dans le Code¹³⁷, et expression des véritables pouvoirs du juge pénal, répond à un triple besoin : définir les termes employés par la loi, déterminer le domaine d'application de celle-ci et adapter le droit aux nécessités de la vie moderne¹³⁸, bref « *assurer le passage de la règle abstraite à l'espèce pratique* »¹³⁹. Il apparaît alors que les incriminations qui préservent la propriété, à l'instar de leur objet, tout aussi stable d'un point de vue notionnel, qu'évolutif d'un point de vue matériel, constituent un domaine privilégié pour l'interprétation téléologique.

119 Ces infractions n'ont, pourtant, pas subi de changements majeurs depuis le Code pénal de 1810. La chose et le bien, supports communs des atteintes à la propriété, ont la plupart du temps été interprétés restrictivement par le juge pénal, en apparente conformité, tant avec la règle de l'interprétation stricte, qu'avec l'interprétation menée sur le fondement des normes extrapénales¹⁴⁰. En vérité, toutefois, ces notions ne sont que des contenants dont le contenu est évolutif et, en conséquence, difficile à saisir : la chose désigne la réalité, or si le réel a vocation à tout englober, il n'empêche pas l'inédit ; le bien découle de l'utilité, or si l'utilité est appréhensible par le juge, elle n'en reste pas moins une donnée très instable. La rigidité de la norme implique, alors, une raisonnable flexibilité de la part du juge, même en droit pénal.

A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 168, p. 246 : « *Toute loi doit être interprétée, et pas seulement celle qui est imprécise ou obscure, puisqu'il est nécessaire d'assurer le passage de la règle abstraite à l'espèce pratique ; il ne peut donc pas y avoir de jurisprudence sans une interprétation de la loi* ».

¹³⁵ Du grec *telos* : buts.

¹³⁶ B. OPPETIT, « La découverte du sens en droit positif », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 131. Il poursuit : « *" la compréhension de la partie et l'intelligence du tout " sont solidaires et unies par un rapport circulaire ; la découverte du sens peut ainsi jouer sur une certaine marge d'appréciation, dont l'interprète use de manière fort variable selon les branches du droit : " Toute interprétation commence par être littérale " (G. CORNU), avant de se nourrir d'autres éléments de signification* ». Adde M. SEGONDS, *Droit pénal général*, coll. Tout le droit, Ellipses, 2004, p. 70-71 : « *L'interprétation authentique et l'interprétation judiciaire composent donc non point une alternative mais, bel et bien, une dialectique* ».

¹³⁷ En ce sens, v. R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 170, p. 250 et n° 174, p. 253 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. DE LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999) », *D.*, 2000, chron. p. 181.

¹³⁸ Triptyque dégagé par W. JEANDIDIER, pour qui il s'agit d'un « *triple objectif* » : *op. cit.*, n° 26, p. 5. – V. aussi R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 175 et s., p. 254.

¹³⁹ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. I, n° 168, p. 246.

¹⁴⁰ V., par ex., F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 8, p. 26 : « *Rien n'est plus difficile que de définir l'infini. Le vertige peut conduire à une approche très restrictive : les choses sont les objets matériels [...]* ».

120 LA NECESSITE D'UNE INTERPRETATION COMMUNE DE LA CHOSE ET DU BIEN. – Chose et bien ne devraient pas désigner une réalité différente, étant tous deux l'objet, au même titre, des infractions contre la propriété. Le bien est, en effet, nécessairement la chose de quelqu'un et, pris du côté d'un usurpateur, donc du point de vue du droit pénal, la chose de quelqu'un d'autre, c'est-à-dire la « chose d'autrui ». Or, tandis que le juge pénal prend, de plus en plus, la mesure de l'indifférence de la nature corporelle ou incorporelle du bien, en ce qui concerne sa considération pénale (§ 1), il dote encore la notion de chose d'un contenu plus restreint (§ 2). Par peur de l'indéterminé, sans doute, le juge a choisi de ne protéger que l'évidence : la chose c'est, effectivement, tout ce qui existe. Pourtant, sans même la rechercher dans la matière, la limite de la notion de chose existe dès le texte : le vol, par exemple, ne préserve, parmi les choses, que la « chose d'autrui », soit le bien qu'un autre a légitimement approprié.

§ 1. La dématérialisation progressive du bien

121 LA CONNAISSANCE DU JUGE PENAL AU SERVICE DE SON INTERPRETATION¹⁴¹ : UNE EPISTEMOLOGIE DE LA NOTION DE BIEN EN DROIT PENAL. – Même lorsqu'il aborde une question inédite, le juge pénal n'interprète pas chaque incrimination et, *a fortiori*, tout élément qui la constitue, *ex nihilo*. En effet, bien que le Code pénal soit plus expressif que descriptif, le juge dispose, au service de son pouvoir d'interprétation, d'un savoir solide et complexe, construit sur les bases appliquées au droit de l'expérience et de l'entendement. Ainsi, lorsque l'objet de son action est un texte ou, en son sein, une notion déterminée, le juge pénal peut chercher extrinsèquement les outils nécessaires à leur parfaite compréhension. Il a alors la possibilité, par exemple, de se fonder sur d'autres textes contenant la même notion et, surtout, sur leur interprétation. De même, il peut recourir, notamment lorsqu'il est confronté à une évolution de la réalité qui éprouve les normes et, corrélativement, lorsque existe un risque de désuétude de ces dernières, à la raison et à l'histoire, généralement combinées au sein des travaux doctrinaux. A cela s'ajoute enfin, – et sans doute précède –, invariablement, une nécessaire approche intrinsèque, chaque notion étant exprimée et, partant, ne pouvant être interprétée en contradiction avec le sens étymologique du signe qui l'exprime.

122 Ce construit varié devient, pour le juge pénal, lorsque sa volonté tend à l'interprétation d'une notion, un donné encore théorique qui se distingue de l'objet précis de son interprétation. En

¹⁴¹ Comp. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1924, n° 32, p. 95-96.

agissant sur cet objet en considération de ce donné, le juge va mettre en œuvre ses acquis, « *les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique* »¹⁴² ; il parviendra ainsi à forger un construit pratique. La notion de bien, parce qu'elle est pleinement juridique tout en n'étant définie par aucun texte normatif, se prête aisément à une approche épistémologique : en droit pénal notamment, elle comporte un donné (A) et un construit (B).

A. Le donné

123 LA POTENTIALITE DE L'OUVERTURE DE LA NOTION A L'IMMATERIEL : LES BIENS. – Le droit pénal mobilise la notion de bien sans la doter légalement d'un contenu. L'origine d'une définition est donc à rechercher, positivement, dans la jurisprudence et les textes épars et, théoriquement, dans la tradition juridique. L'emploi récurrent du pluriel par la législation, puis par la doctrine, est déjà évocateur : plutôt que de définir la notion, le droit opère des distinctions¹⁴³. De ces deux constats découle toute la difficulté de l'entreprise : le bien est une notion au contenu pluriel, mais sans définition légale.

124 Ne pouvant, ainsi, directement utiliser les codes, il faut s'intéresser au mot, et avant tout à son sens. Etymologiquement, le bien est un bonheur¹⁴⁴ ; appliqué au droit, c'est-à-dire en considération d'un système d'organisation sociale impliquant l'altérité et, partant, l'extériorité, le bien est nécessairement un bonheur temporel : il est donc un objet positif¹⁴⁵ et extérieur à son sujet. Cette extériorité, premier caractère du bien, lie le bien et la chose, provoquant souvent une confusion, parfois entretenue par le législateur, de ce qui n'est en

¹⁴² F. GENY, *op. cit.*, n° 33, p. 97.

¹⁴³ Dès le premier article du Code civil consacré aux biens ; l'article 516 du Code civil favorise, en effet, la taxinomie à la définition : « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

¹⁴⁴ On peut y voir un dérivé des latins *bonus, bene, bellus* : bon, bien, beau. Mais, plus directement, c'est dans le latin *bona* que les biens puisent leur origine, qui désigne déjà les biens moraux et physiques et, par extension, le bonheur : v. ULPIEN, *Digeste*, 50, 16, 49 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durand-Hachette, 1866 (3^{ème} éd.), t. I, n° 16, p. 10 ; E. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général du droit français*, t. VIII, V^o Biens, n° 9, p. 5 ; M. VILLEY, Préface historique aux *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 1 ; Y. THOMAS, « *Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain)* », in *Arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 424.

¹⁴⁵ Une dette n'est donc pas, en tant que telle, un bien : v., par ex., F. TERRE, « Variations de sociologie juridique sur les biens », in *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 27. – *Contra*, D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.*, 2006, p. 663 et s. – Il existe, cependant, d'autres formes de valorisation que l'argent : v. *infra*, n^{os} 316 et s.

réalité qu'une corrélation. Car si tout bien est une chose¹⁴⁶, toute chose n'est pas un bien¹⁴⁷. Le bien est une chose qualifiée, une catégorie au sein des choses, discriminée par ses qualités. C'est d'ailleurs par cette opération de qualification que le droit intervient, faisant d'une chose existant objectivement une chose existant juridiquement¹⁴⁸.

125 Extérieur, donc autonome à son sujet, le bien n'en garde pas moins une attache à celui-ci. Ce lien avec la personne contribue, alors, tout autant à sa définition que son existence autonome¹⁴⁹ – mais, du coup, pas indépendante : le bien est une chose matériellement extérieure à la personne, mais qui lui est juridiquement rattachée. Protégeant le bonheur fait chose de chaque personne¹⁵⁰, la relation juridique qui lie sujet et objet ne peut être que celle qui permet à celui-là de jouir et de disposer de celui-ci à sa convenance, pourvu cependant qu'il n'en fasse pas un usage contraire à l'intérêt de la société, c'est-à-dire la propriété¹⁵¹. Pour le droit pénal, qui apprécie l'infraction au jour de sa commission, l'affirmation semble suffisante : la répression s'opère en cas d'atteinte au bien d'autrui, c'est-à-dire à l'objet extérieur à autrui, mais qui lui appartient ; très prosaïquement, le droit pénal protège donc la chose d'autrui. Pourtant, le constat objectif de l'existence de la chose ne subsume pas celui, plus juridique, de l'existence de la chose appropriée. La propriété est difficile à établir, notamment pour les meubles, principaux objets considérés par le livre III du Code pénal, dont l'appropriation n'est généralement pas accompagnée d'une mesure de publicité. Or, le juge écarte la protection d'une chose qui n'est pas appropriable¹⁵² ou qui n'est pas appropriée¹⁵³. Il

¹⁴⁶ En ce sens, C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, n° 9, p. 5 et 6 : « Aussi tous les biens sont-ils des choses, quoique toutes les choses ne soient pas des biens ; et voilà ce qui explique comment les jurisconsultes et le législateur lui-même désignent très souvent les biens sous la dénomination de choses. La chose est le genre ; le bien est une espèce » (l'auteur souligne). – *Contra*, J. CARBONNIER, *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 707, p. 1595 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, coll. Dr. civil, Defrénois, 2007 (3^{ème} éd.), n° 8, p. 6 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, LGDJ, 2000, n° 453, p. 450.

¹⁴⁷ Ici, il y a consensus : v., par ex., J. CARBONNIER, *ibidem* ; P. MALAURIE, L. AYNES, *ibid.* ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

¹⁴⁸ V. J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse, Bordeaux I, 1988, p. 154 : « La chose est une notion première qui préexiste au droit et peut exister avant le droit et sans le droit ».

¹⁴⁹ En ce sens, R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz*, V° Biens, n° 4, p. 3 ; A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. Techniques, 1986, p. 55.

¹⁵⁰ « Bien égale bien-être », professait J.-B.-V. PROUDHON : v. *Traité du domaine de la propriété*, Dijon, 1839, I, 1, 1.

¹⁵¹ V. art. 544 C. civ. : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

¹⁵² V., par ex., Cass. crim., 12 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 430 : relaxe du prévenu, car « les communications téléphoniques constituent des prestations de service non susceptibles d'appropriation et n'entrent pas dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du Code pénal ». – Difficile et contingente, cependant, est la détermination de l'inappropriable : v. *infra*, n°s 645 et s.

apparaît donc nécessaire de comprendre la genèse de la propriété d'un bien. Cela l'est d'autant plus quand, à l'image de la relation qui l'unit à son propriétaire, ce bien est de nature abstraite.

126 L'appropriation d'une chose a pour cause médiate l'utilité de cette dernière, et pour cause immédiate son utilité propre. C'est, en effet, parce qu'il est possible et utile de s'approprier une chose qu'elle devient un bien¹⁵⁴. La rareté des choses naturelles, qui impose leur appropriation, établit entre le propriétaire et sa chose un rapport nécessaire mais contingent, tout aussi incontestable, car il participe à la fois de la genèse et de l'essence de la propriété, qu'instable, en raison de sa variabilité. Est rare « *ce qui n'est pas commun ou fréquent* »¹⁵⁵, tout changement d'époque, de lieu ou de tout autre critère référentiel conduisant à y porter une appréciation différente, qui ne sera d'ailleurs pas nécessairement conforme à la réalité¹⁵⁶. La rareté ne suffit donc pas à fonder infailliblement l'appropriation, dont le seul critère véritable apparaît être, malgré son inexorable subjectivité, l'utilité. Ce critère s'avère, de surcroît, plus conforme à la réalité de l'appropriation, le désir s'étant pour beaucoup substitué au besoin comme déterminant principal de la volonté de posséder¹⁵⁷. Or, le désir est de l'ordre de l'esprit, et plus seulement du corps ; les frontières de la propriété ne se dessinent dès lors plus qu'à travers l'imagination et la créativité des hommes, qui ne se limitent certainement pas au monde matériel. Sonnant relativement le glas de la rareté, la propriété immatérielle offre toutefois, par son ampleur potentielle, des perspectives inquiétantes. Il faut donc être certain que, pour de tels biens, il puisse véritablement s'agir de propriété, c'est-à-dire vérifier qu'ils sont des choses appropriables.

127 L'OUVERTURE THEORIQUE DE LA NOTION A L'IMMATERIEL : L'EPREUVE DE LA POSSESSION ET DE LA TRADITION. – L'évidence des biens corporels est telle, qu'elle rend juridiquement

¹⁵³ C'est-à-dire, du point de vue du droit pénal, non appropriée par autrui. V., par ex., Cass. crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 190 : pas de vol, pour la cliente d'une avocate, à soustraire à cette dernière le dossier professionnel concernant sa procédure de divorce. L'avocate n'en était, en effet, que dépositaire.

¹⁵⁴ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 2, p. 18-19 : « *Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation. [...] Mais toutes les choses utiles ne sont pas nécessairement des biens. Elles ne le deviennent que lorsque le bienfait ne peut en être retiré sans appropriation* ». – *Adde infra* n°s 313 et s.

¹⁵⁵ *Littré*, V° Rare.

¹⁵⁶ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 2, p. 19 ; Ej. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, coll. Thémis, PUF, 1991, p. 217 et s. ; E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, thèse, Toulouse I, 2002, n° 40, p. 55-56.

¹⁵⁷ En ce sens, C. GOLDFINGER, *L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel*, Odile Jacob, 1994, p. 10 : « *A la rareté matérielle, le déterminant traditionnel de la désirabilité d'un bien, se substitue la préférence subjective. Une nouvelle échelle de choix économiques se crée, fondée sur les pulsions, les projections, les images et le statut social. Les désirs supplantent les besoins* ».

effective l'apparence du droit dont ils sont assurément l'objet. Seul l'immeuble, pourtant chose la plus manifeste et, en cela, bien perméable à l'effet acquisitif de la possession¹⁵⁸, se transmet encore préférablement par titre. Sa valeur supposée importante, germe de son régime privilégié, offre ainsi une occasion au droit de résister au pouvoir attractif de l'évidence. Une appropriation indépendante de toute possession est donc concevable, et il n'est, théoriquement du moins, pas nécessaire qu'un bien, notamment incorporel, puisse être possédé pour être approprié.

128 La frontière de la perception marque celle de l'évidence, mais pas celle de la réalité. Ce qui ne peut être touché – *quae tangi non possunt* écrivait Gaïus en désignant les droits¹⁵⁹ – n'en existe pas moins et, à ce titre suffisant, est susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété¹⁶⁰. C'est pourquoi le Code civil n'ignore pas l'immatériel, faisant notamment des droits une catégorie au sein des biens et adaptant, pour cela, sa technique à la particularité de ces objets¹⁶¹.

129 Nul ne songe, alors, à remettre en cause ce construit initial, mais force est pourtant de constater que le droit des biens moderne donne, dès son origine et de façon durable, l'impression d'une exception de l'immatériel, en novant en fiction ce qui n'est, finalement, qu'une réalité qu'il crée. En imposant, en effet, une taxinomie exclusivement matérielle – « *tous les biens sont meubles ou immeubles* », selon l'article 516 du Code civil –, le législateur n'y inclut ses créations abstraites que par rupture. Les droits seraient donc seulement « *des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* » ou « *des meubles par la détermination de la loi* »¹⁶². Positivement, ils n'en sont que plus certainement des biens. Parallèlement, c'est tout autant par exception que le législateur conçoit de nouvelles normes propres à régir, sans polémique aucune, les richesses immatérielles. Mais, une fois de plus, la

¹⁵⁸ Après « *l'effet consolidateur du temps* » : v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 851, p. 1815.

¹⁵⁹ *Institutes*, II, n° 14 ; *Digeste*, I, titre VIII, § 1.

¹⁶⁰ Non seulement, pose P. CATALA, « *la vérité est que nos sens sont aveugles et sourds à côté des instruments de détection et de mesure dont la science dispose. La matérialité des choses ne cesse pas aux frontières de l'invisible, de l'inaudible et de l'impalpable* » (« La matière et l'énergie », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, n° 16, p. 563), mais surtout, complète A. PIEDELIEVRE, « *réalité et matérialité ne coïncident que d'un point de vue phénoménologique ; d'un point de vue ontologique on ne peut y déceler que des interférences dont l'action simultanée ne tend pas à l'inhérence* » (*op. cit.*, p. 55-56).

¹⁶¹ V., par ex., art. 1689 et s. C. civ. – La principale difficulté ne réside pas dans l'immatérialité de l'objet, mais dans l'admission de l'attribution, à un tiers, de la part active d'un rapport juridique constitué entre deux personnes : v. F. ZENATI-CASTAING, Th REVET, *op. cit.*, n° 3, p. 22 ; n° 8, f, p. 33 ; n°s 46 et s., p. 92 et s.

¹⁶² Art. 526 et 529 C. civ.

prise en compte juridique de ces dernières s'opère, comme l'indique parfois la dénomination des règles qui l'assurent, selon le modèle de la propriété¹⁶³.

130 Les biens incorporels ainsi protégés répondent, à l'instar des droits, aux critères classiques qui caractérisent tout objet de propriété : ils sont des choses¹⁶⁴ dont la jouissance est privative. Toutefois, la cause de leur considération résidant dans la plus incontestable des normes, il importe généralement peu aux auteurs de savoir s'il s'agit bien de propriété. Ce n'est, alors, qu'à l'aune de l'apparition de nouvelles choses incorporelles, dont le fondement ne peut cette fois être trouvé dans la loi, que le débat retrouve toute son acuité. En effet, malgré leur extériorité originaire au système juridique, celles-ci n'en prétendent pas moins à l'appropriation. Notoirement choses avant que d'être biens, elles rétablissent même un schéma classique en n'étant pas créées par le droit, mais en lui préexistant. Leur existence est purement abstraite et leur incorporalité rend difficile leur appréhension et, conséquemment, leur réservation. Toutefois, leur réification n'est pas vraiment polémique : nul ne conteste plus, par exemple, la réalité d'une information ou d'un fonds de commerce et, à travers lui, celle de sa clientèle. Face à l'existence de ces réalités immatérielles diverses, ne demeure donc qu'une véritable question : le système législatif ne garantit-il que les biens incorporels qu'il a spécialement reconnus¹⁶⁵ ?

131 A l'origine, c'est la lutte contre la dépossession, bref contre le vol, qui a permis de conceptualiser l'appartenance ; pour récupérer sa chose, le citoyen romain devait prouver qu'elle était sienne : *meum esse*¹⁶⁶. Par la suite, le fait d'être propre devient un droit puissant, qui prend la forme d'un *dominium* au premier siècle avant Jésus-Christ¹⁶⁷. Or, ce lien originel, « génétique »¹⁶⁸, entre possession et propriété, a certainement demeuré : le Code civil organise, en effet, un régime offrant au fait de possession des conséquences juridiques importantes, notamment celle, sous conditions, de casser ou de créer le droit. Pourtant, la

¹⁶³ Voir J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s. C'est le cas, par exemple, des « propriétés » intellectuelles : v. n^{os} 9 et s, p. 283 et s.

¹⁶⁴ Les droits sont des choses : admettre l'existence de choses incorporelles implique de donner au mot « chose » toute l'étendue de son sens, donc d'y inclure les droits, ces derniers étant réifiés par leur reconnaissance sociale. En ce sens, v. notam. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n^o 310, p. 469 : « Les jura sont des choses, non pas des prérogatives ».

¹⁶⁵ Voir R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n^o 39, p. 341.

¹⁶⁶ Voir C.-W. WESTRUP, « Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, p. 227 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 314. Au départ, ce n'est qu'un vague rapport d'appartenance : v. M. VILLEY, « Les Institutes de Gaius et l'idée de droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, chap. VIII, Dalloz, 2002 (2^{ème} éd.), p. 186 et s.

¹⁶⁷ Voir M. VILLEY, *ibidem*.

¹⁶⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n^o 166, p. 262.

fermeture de la propriété au domaine de l'immatériel ne découle pas de cette étroite relation entre factuel et juridique. D'une part, la possession ne représente, en matière immobilière, qu'un mode d'acquisition exceptionnel et, d'un strict point de vue probatoire, foi est toujours due au titre antérieur à une possession. Faisant parfois, eux aussi, l'objet de mesures de publicité, les biens incorporels n'ont donc, pour être appropriés, nul besoin d'être possédés. D'autre part, le Code civil a conçu la possession des droits, posant dès 1804 que le fait de posséder s'entend tout autant du fait de tenir, que de celui d'exercer¹⁶⁹ ; on peut ainsi, juridiquement, posséder une chose immatérielle¹⁷⁰.

132 En vérité, la timidité apparente de l'article 544 du Code civil est due à une interprétation portant une étiquette fallacieuse ; c'est souvent, en effet « *que le manteau romain a recouvert au Moyen Age des institutions de sens et d'inspirations opposées* »¹⁷¹. Car l'origine du droit moderne des choses est romaniste, fruit de l'application d'une institution romaine à une base féodale¹⁷². A l'opposé de Rome, qui a distingué entre les qualités de la chose, dont la *proprietas*, qualité d'être propre, et les prérogatives du propriétaire, le *dominium, plena in re potestas*¹⁷³, les romanistes finissent par confondre droit de propriété et chose.

133 La propriété féodale est, en effet, complexe et plurielle : sur un même bien peuvent s'exercer différents droits. L'exclusivité propre au droit de propriété quitte alors, de fait, la chose pour le droit, celui-ci se particularisant cependant par sa relation à la chose ; c'est le *jus in re*¹⁷⁴. Redécouvrant le droit romain, les romanistes médiévaux appliquent à l'assise féodale de leur droit le *dominium*, c'est-à-dire qu'ils font, de droit, du *jus* l'objet du *dominium*. Toutefois, sous l'effet d'une inféodation paroxystique, l'exclusivité s'éloigne de nouveau, trop de

¹⁶⁹ Art. 2255 C. civ.

¹⁷⁰ En ce sens : A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 8, Dalloz, 2001 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Bibl. de l'Institut A. Tunc, t. 15, LGDJ, 2008 ; approuvant : T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour le bicentenaire », in *Dr. et patr.*, mars 2004, n° 124, p. 30. – *Contra* : G. CORNU, *Les biens*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n° 129, p. 335 : « *Il s'agit plutôt d'un jeu d'équivalences partielles. La possession immatérielle de choses intangibles est une notion du second degré* ».

¹⁷¹ E. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *Mélanges H. Fitting*, t. II, Montpellier, 1907-1908, p. 416. Dans le même sens : G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, 1902, p. 82-83, et p. 118 et s. ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, coll. Domat, Montchrestien, 1941 (3^{ème} éd.), n° 1, p. 9 : « *il est même curieux de constater que certaines règles de notre code civil proviennent d'une mauvaise interprétation d'un texte romain par nos anciens auteurs* ».

¹⁷² Voir E. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 409 et s. ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 192 et s., p. 267 et s. – Adde F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 83, p. 131-132 et n° 166, p. 261 et s. ; T. REVET, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷³ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 187-188.

¹⁷⁴ Généralisé en raison de l'octroi, à tous les titulaires d'un droit sur la terre, de l'action *in rem* : v. E. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 422.

personnes possédant des droits sur le même bien. Inspirés une nouvelle fois par le droit romain, les romanistes décident donc de faire de l'un de ces droits le seul véritable droit de propriété, droit éminent par rapport aux autres, qui ne permettent de jouir que de certaines utilités de la chose. Or, seule l'existence d'un rapport plus direct que les autres avec la terre – un *dominium directum* – permet de discriminer entre les droits ; la propriété de la terre, en elle-même, domine, mais n'efface pas pour autant celle des autres droits sur la terre, les *dominia utilis*. Dès lors, sur un même bien, se créent des droits d'une nature différente, mais gardant tous le caractère d'un *dominium*, chacun des titulaires bénéficiant d'une action réelle sur la terre¹⁷⁵.

134 Cependant, en droit romain, le *dominium* est unique, d'où la confusion qui en découle : « Tous les tenanciers étant à la fois titulaires d'un jus in re et domini, force est d'en déduire une identité de nature entre le *dominium* et le jus in re »¹⁷⁶. La propriété devient le droit réel qui contient tous les autres – ses démembrements – mais surtout, en tant que droit réel, elle devient un bien comme un autre. Par suite, « cette identification entraîne [...] un effet gênant à l'égard du *dominium* des droits qui devient une véritable tautologie »¹⁷⁷. Bartole pose, alors, la dernière pierre de la confusion, affirmant que le seul vrai *dominium* est celui qui porte sur les choses corporelles, le *dominium* des droits étant « impropre »¹⁷⁸. Considérant, trop rapidement, que cet héritage savant est irréprochable, les interprètes du Code civil bornent, ainsi, la propriété au monde corporel.

135 Or, rien ne le justifie, particulièrement pas la lettre des codes. Les choses immatérielles sont appropriables : elles peuvent être, de fait, l'objet exclusif d'une personne, cette dernière ayant, corrélativement, le droit d'en exclure les tiers. La propriété des biens incorporels est, en effet, déjà présente dans le Code civil, au moins comme une illustration¹⁷⁹. Elle l'est également, par un effet de modèle, dans des dispositions situées en dehors¹⁸⁰. Plus encore, de simple relation possible dans le Code civil, elle se fait parfois, en dehors, relation de principe : le Code de la propriété intellectuelle, par exemple, a pour fonction principale d'encadrer l'appropriation des œuvres de l'esprit. Toute forme aboutie d'exclusivité, eût-elle pour objet une chose privée de

¹⁷⁵ E. MEYNIAL, *op. cit.*, p. 447.

¹⁷⁶ Rétablissant, clairement, le raisonnement des bartolistes, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 166, p. 262 et s. ; F. ZENATI, *op. cit.*, *loc. cit.* – Adde E. MEYNIAL, *ibidem*.

¹⁷⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *ibid.*

¹⁷⁸ Sur *Digeste*, 41, 2, 17 (par ULPEN) : glose n° 4.

¹⁷⁹ Outre la formule large de l'article 544, un chapitre du Code civil est consacré au « transport des créances et autres droits incorporels » (nous soulignons) : art. 1689 et s.

¹⁸⁰ Voir J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, *op. cit.*, p. 281 ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527 et s.

corps, conduit ainsi, à quelques adaptations nécessaires près, à l'application du régime de la propriété, c'est-à-dire à la possibilité, pour son bénéficiaire, d'acquérir, de protéger et de disposer de sa chose. C'est pourquoi on peut, notamment, céder une licence d'exploitation¹⁸¹, revendiquer un fonds de commerce¹⁸², faire sanctionner le détournement d'un numéro de carte de crédit¹⁸³, et constituer un gage ou un dépôt sur des valeurs mobilières¹⁸⁴. La propriété est même, pour l'immatériel, plus qu'une condition d'existence juridique : sans elle, la chose immatérielle disparaît, ne pouvant vraiment subsister qu'à travers la constance d'un lien juridique avec une personne¹⁸⁵. *Res nullius* ou *res derelicta*, la chose corporelle connaît malgré tout une existence hors du droit ; abandonné, le bien incorporel n'est, la plupart du temps, même plus une chose¹⁸⁶. Propriété et chose immatérielle ont donc un lien aussi étroit que possession et chose matérielle. La jurisprudence confirme ce que le droit écrit autorise : les biens incorporels sont, effectivement, appropriés.

B. Le construit

136 L'EFFECTIVITE DE L'OUVERTURE DE LA NOTION A L'IMMATERIEL : LE BIEN REÇU PAR LE DROIT PRIVE. – Toutes les choses incorporelles susceptibles d'être appropriées ne font pas l'objet d'un régime spécial. Se pose donc la question du régime existant qui leur est le plus adapté, la propriété n'étant, en effet, qu'une possibilité parmi d'autres, dont le législateur a toutefois ostensiblement, un jour, essayé de faire le principe¹⁸⁷. L'essai n'ayant jamais abouti, les acteurs de la vie juridique continuent à utiliser, pour protéger ces valeurs inédites, les mécanismes que le législateur et le juge ont déjà reconnu. Ces instruments indirects font

¹⁸¹ V. par ex. Cass. com., 28 sept. 2004, inédit, pourvoi n° 03-14055 : « *La vente du logiciel [...] est indépendante du contrat de cession de licence [...]* ».

¹⁸² V. par ex. Cass. com., 21 nov. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 266.

¹⁸³ Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338.

¹⁸⁴ V. art. L. 431-4 C. mon. fin., pour le gage ; Cass. crim., 30 mai 1996, préc., pour le dépôt. – Adde R. LIBCHABER, « Le dépôt d'instruments financiers », *Dr. et patr.*, mai 2000, n° 82, p. 89 et s.

¹⁸⁵ Ce n'est donc pas une propriété « oisive » : v. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 912, p. 1900.

¹⁸⁶ V., en ce sens, pour les droits, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 52, p. 98.

¹⁸⁷ Par le biais de la proposition de loi « relative à la protection des créations réservées » déposée par le député J. GODFRAIN et enregistrée à l'Assemblée Nationale le 30 juin 1992 : si toute valeur n'entrait pas dans son champ d'application, l'article 1^{er} posait un principe large de patrimonialisation ayant négativement vocation, selon l'article 2, à permettre de protéger ce qui ne l'était pas en application du Code de la propriété intellectuelle. Voir P. CATALA, « Au-delà du droit d'auteur », in *Le droit à l'épreuve du numérique*, coll. *Jus ex Machina*, PUF, 1998, p. 305 et s. ; C. LE STANC, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des " créations réservées " », *D.*, 1993, chron. p. 4 et s.

d'ailleurs l'objet d'une présentation synthétique et désormais récurrente en doctrine¹⁸⁸. On peut, ainsi, préserver une valeur par le biais du secret, du contrat ou de la responsabilité civile¹⁸⁹.

137 Outre la confiance, qui suffit parfois, une clause contractuelle peut, par exemple, imposer le secret, protégeant alors une information, bien incorporel qui ne s'affirme pas comme tel, mais dont seule la valeur intrinsèque justifie la réservation¹⁹⁰. Cette défense, bien qu'effective, ne se conçoit toutefois que dans un cadre limité : elle ne peut être que spéciale, et ne bénéficie pas de l'opposabilité *erga omnes* dont est dotée la propriété. Subséquemment, partant de l'évidence que la privation d'une valeur cause toujours un préjudice à celui qui l'a engendrée, une doctrine encourage plutôt à l'application des mécanismes modernes de la responsabilité civile, qu'il s'agisse de la concurrence déloyale ou du parasitisme économique¹⁹¹. Cependant, outre que ceux-ci génèrent un contentieux de masse, dont il est parfois malaisé de forger la synthèse, ces instruments n'opèrent tous deux que conditionnellement, si la valeur concernée n'est pas protégée par un droit privatif¹⁹². C'est reconnaître qu'en matière de réservation d'une valeur, fût-elle nouvelle, la propriété reste, plus encore que le modèle, le principe : tout rapport exclusif entre une personne et sa chose constitue une espèce de propriété. De plus, le préjudice apprécié apparaît alors comme purement patrimonial, ne prenant son origine que

¹⁸⁸ V., entre autres, P. LE TOURNEAU, « Variations autour de la protection du logiciel », *Gaz. Pal.*, 6 juill. 1982, p. 370 et s. ; J. DEVEZE, « Le vol de " biens informatiques " », *JCP G.*, 1985, I, 3210, n° 4 ; J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, n° 9 et s., p. 280 et s. ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, *op. cit.*, n° 34 et s., p. 294 et s. ; T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 6 et s., p. 274 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 42, p. 345 ; M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, coll. *Bibl. dr. privé*, t. 464, LGDJ, 2006, n° 67, p. 69 et s.

¹⁸⁹ « *Amie fidèle des victimes désemparées, la responsabilité civile est un remède universel contre les lacunes du droit et les défaillances du législateur* » : P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 370.

¹⁹⁰ Une protection pénale multipolaire de l'information peut alors être assurée : elle peut être protégée en soi, notamment par les incriminations de vol (art. 311-1 C. pén.) et d'abus de confiance (art. 314-1 C. pén.), ou en tant que secret, notamment par les incriminations de violation du secret professionnel (art. 226-13 C. pén.), de violation du secret des correspondances (art. 226-15 et 432-9 C. pén.) et de divulgation de secret de fabrication (art. L. 1227-1 C. trav. et art. L. 621-1 C. propr. intell.).

¹⁹¹ V., par ex., P. LE TOURNEAU, « Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, chron. p. 310 : « *Le droit commun des obligations, en l'espèce la responsabilité civile pour faute, sous ses deux figures commerciales que sont la concurrence déloyale et les agissements parasitaires, répond admirablement aux besoins, divers et évolutifs, du monde des affaires [...]. La responsabilité civile suffit amplement à protéger les auteurs de n'importe quel bien immatériel nouveau, les logiciels aussi bien que toute valeur économique* ». Pour G. RIPERT, l'action en concurrence déloyale a pour but, à travers la protection de sa clientèle, de défendre la propriété du fonds de commerce : v. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951 (2^{ème} éd.), n° 86, p. 195.

¹⁹² V., par ex., Cass. com., 18 janv. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 19 : « *L'action en concurrence déloyale, qui trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif [...]* » ; Cass. com., 22 oct. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 149 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 192 : « *[...] l'action en concurrence déloyale ou parasitaire est recevable lorsqu'elle repose sur des faits distincts de ceux qui lèsent des droits privatifs* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 119.

dans l'atteinte portée à la chose. Pour qu'il soit ressenti, il faut donc qu'existe un rattachement fort entre la chose et la personne, c'est-à-dire un lien d'appropriation.

138 Le droit semble donc adapté pour régir différentes réalités immatérielles, même si celles-ci se refusent encore, parfois, à porter « *l'uniforme capuchon gris* » du bien¹⁹³. Qu'il s'agisse du modèle ou du principe, c'est certainement, à travers la défense d'un rapport exclusif entre une personne et sa chose, de propriété dont il s'agit. Cette dernière est alors concevable, même pour un objet sans corps, ce qui conduit nécessairement à envisager qu'elle puisse régir directement les biens incorporels.

139 LA CONFUSION DES DEBATS SUR L'IMMATERIALITE ET SUR L'EXTRAPATRIMONIALITE, PREUVE DE L'ADAPTATION DU REGIME TRADITIONNEL A L'IMMATERIEL. – Le juge civil est parfois confronté à des biens paraissant réunir les caractères polémiques d'incorporalité et d'extrapatrimonialité. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il doit se prononcer sur la clientèle civile¹⁹⁴, de même que lorsqu'il considère un nom patronymique¹⁹⁵. A l'examen des solutions, il appert que le principal obstacle à la prise en compte juridique de ces biens ne réside pas dans leur caractère immatériel, mais dans leur trop proche parenté avec la personne. La patrimonialisation de la clientèle ne peut, ainsi, s'opérer « *qu'à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient* »¹⁹⁶, et celle du nom, parce qu'il « *est devenu [...] un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte* »¹⁹⁷. Pour ces biens, dont le difficile maniement juridique fait partie des exemples les plus couramment cités d'une éventuelle inadaptation du droit à un objet incorporel, il ne s'agit, en réalité, que de clarifier l'existence d'une frontière entre l'être et l'avoir, c'est-à-dire résoudre un problème d'extrapatrimonialité. La *summa divisio* fondamentale, qui distingue les personnes, sujets de droit, des choses, objets de droit, reçoit donc également une pleine effectivité en matière d'immatériel et, une fois cette relation dessinée clairement, rien ne s'oppose plus à ce qu'un bien incorporel soit l'objet d'un droit de propriété.

140 L'EFFECTIVITE DE L'OUVERTURE DE LA NOTION A L'IMMATERIEL : LE BIEN REÇU PAR LE DROIT PENAL. – Le juge pénal a été confronté au problème de la fuite de matérialité des biens

¹⁹³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 707, p. 1592.

¹⁹⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 283.

¹⁹⁵ V. par ex. Cass. com., 6 mai 2003, préc.

¹⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, préc.

¹⁹⁷ Cass. com., 12 mars 1985, préc.

dès le début du vingtième siècle. Il a alors dû se prononcer sur la nature juridique de l'énergie électrique¹⁹⁸. Presque un siècle plus tard, c'est l'absence totale de matérialité qu'il doit appréhender, à travers la protection de biens inédits, mais présentant tous la particularité de constituer des choses abstraites : un numéro de carte de crédit¹⁹⁹, une connexion Internet²⁰⁰, ou encore un projet établi par un salarié²⁰¹.

141 Cette évolution majeure n'est, cette fois, plus totalement le fait de la jurisprudence. C'est, en effet, le législateur qui l'a impulsée, lorsque, en 1992, il a modifié et uniformisé, du moins en partie, la qualification légale des choses susceptibles de faire l'objet des principales appropriations frauduleuses, notamment l'escroquerie et l'abus de confiance. Le triptyque obtenu est, désormais, à la fois simple, clair et large : il faut, pour que l'une de ces deux infractions soit constituée, qu'il y ait eu remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque²⁰². Le changement est effectif, car l'incitation au revirement a été efficace : après avoir refusé de protéger les biens incorporels en tant que tels, sous l'empire du Code pénal de 1810²⁰³, c'est au contraire à ce titre que la Cour de cassation les préserve, sous l'empire du Code de 1992 : ils sont, comme les autres, des biens quelconques²⁰⁴.

142 L'arrêt fondateur de cette ouverture à l'immatériel a été rendu le 14 novembre 2000, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation²⁰⁵. En l'espèce, une personne avait reporté son numéro de carte de crédit sur une autorisation de prélèvement, puis avait remis cette dernière au PDG d'une société, afin de s'acquitter d'une commande précise. Ce dernier s'est alors servi du numéro pour obtenir un paiement indu, en opérant unilatéralement une autre commande, à laquelle la cliente n'avait pas consenti. La Chambre criminelle pouvait donc

¹⁹⁸ Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*, 1913, 1, p. 337, note J.-A. ROUX : « *L'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; [...] elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second ; [...] elle doit dès lors être considérée comme une chose, au sens de l'article 379 du Code pénal, pouvant faire l'objet d'une appréhension* ».

¹⁹⁹ Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

²⁰⁰ Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126.

²⁰¹ Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218.

²⁰² V. art. 312-1, 312-10, 313-1 et 314-1 C. pén.

²⁰³ V. Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111 : « *Le détournement n'est pénalement punissable en vertu de l'article 408 du Code pénal que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique* ».

²⁰⁴ V. Cass. crim., 14 nov. 2000, préc. : « *Les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* ».

²⁰⁵ Préc. – V. également CA Toulouse, 25 nov. 1999, *JurisData* n° 104647 ; *CJAMP*, 2000-3, n° 5680, p. 525 : le salarié qui fait un usage privé du numéro et du code secret d'une carte « Pastel » que lui a confiés son employeur afin qu'il en fasse un usage strictement professionnel, commet un abus de confiance. Cet usage privé ayant, en l'espèce, pris la forme de la communication du numéro et du code à la sœur du salarié, cette dernière commet un recel en l'utilisant et en permettant à un tiers d'en bénéficier.

sanctionner, soit le détournement de l'autorisation de prélèvement, valeur patrimoniale ou bien quelconque, et véritable objet du litige selon le juge d'appel, soit celui des fonds auxquels le numéro a donné accès, soit celui du numéro, en soi, détournement qu'elle a finalement retenu. Choix non nécessaire, la protection du numéro était donc, sans aucun doute, un choix volontaire. Toutefois, produit, peut-être, d'une arrière-pensée du juge pénal, qui sautait ainsi sur l'occasion de donner toute son amplitude à l'incrimination d'abus de confiance, ce choix n'en perd pas, pour autant, toute sa pertinence.

143 L'espèce soumise à la Cour de cassation était, en effet, bien particulière : la carte de crédit n'avait jamais été confiée à l'auteur du détournement. Or, confrontée, peu de temps après, à un tel cas de figure, la Cour a retrouvé une orthodoxie rassurante, en posant que c'était bien, cette fois, la carte qui avait été détournée, et non son numéro²⁰⁶. Il s'agissait donc de deux détournements différents, car leurs objets étaient dissemblables, bien que partageant une même utilité : tous deux pouvaient être remis afin de permettre la circulation, selon deux procédures distinctes, des fonds du remettant. Chacun avait alors une utilité en soi qui, seule, justifiait la remise opérée. Ce n'était pas la valeur qui avait été directement confiée, mais seulement ce qui permettait d'y accéder, cette possibilité d'accès ayant été, dans ces deux espèces, la cause déterminante de la remise²⁰⁷. Le détournement a donc pris la forme d'une utilisation abusive de chacun de ces biens, celle-ci ayant provoqué, médiatement seulement, un préjudice patrimonial matérialisé en la perte d'une valeur.

144 Il est, en revanche, des cas de figure plus ambigus, dans lesquels la remise porte à la fois sur un bien corporel et sur un bien incorporel. Dans un arrêt du 19 mai 2004²⁰⁸, par exemple, la Chambre criminelle a sanctionné les détournements concomitants, par un salarié, de l'ordinateur et de la connexion Internet mis à sa disposition par son employeur, pour les besoins de son activité professionnelle. L'ordinateur a été, en l'espèce, certainement détourné,

²⁰⁶ Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 125 : évidemment remis avec la carte, le numéro n'a pas été utilisé par l'auteur du détournement. Classiquement, il n'a en effet usé (puis abusé) que de la carte et de son code d'accès.

²⁰⁷ Selon la CNIL, « le numéro de carte bancaire est [...] devenu un véritable " outil marketing " au service des commerçants qui l'utilisent pour la fourniture de services spécifiques et distincts du paiement du bien pour lequel le numéro de carte bancaire avait été communiqué par le consommateur » : 23^{ème} Rapport d'activité, 2002, La Documentation française, 2003, p. 94. L'utilité de ce bien est alors croissante et bilatérale, ce qui multiplie les risques de détournement. La CNIL précise d'ailleurs que ses services « ont été saisis au cours de l'année 2002 d'un nombre croissant de plaintes de la part de consommateurs ayant pour objet la conservation et l'utilisation de leur numéro de carte bancaire par les commerçants spécialisés dans la vente à distance » : *ibidem*. – Le Code monétaire et financier marque également la différence entre l'utilisation physique de la carte et son utilisation purement informatique : selon l'article L. 132-4, al. 1^{er}, « la responsabilité du titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte » (nous soulignons).

²⁰⁸ Préc.

mais il ne l'a pas été dans sa fonction de support d'accès à la connexion. Il a, en effet, été confié au salarié, notamment pour que ce dernier accède à Internet, cet accès seul ne pouvant donc constituer, en soi, un détournement. Au contraire, le détournement de la connexion n'est pas polémique, celle-ci ayant été mise à disposition du salarié avec une destination précise : « *les besoins de son activité professionnelle* »²⁰⁹. L'arrêt confirme, ainsi, la nécessité de la considération pénale des biens incorporels.

145 LA CONFUSION DES DEBATS SUR L'IMMATERIALITE ET SUR L'EXTRAPATRIMONIALITE EN DROIT PENAL. – Dans un arrêt du 20 octobre 2004²¹⁰, la Cour de cassation, confrontée à l'utilisation à des fins personnelles, par le directeur d'une association, de personnels de celle-ci pendant leur temps de travail, a condamné le prévenu pour détournement de fonds qui lui avaient été remis à charge d'en faire un usage déterminé. L'usage frauduleux consistait ici « *notamment, [en] l'utilisation de personnel à l'entretien de sa propriété pour un montant de 214 500 francs* », la Cour considérant alors que « *le fait, pour un directeur d'association, d'employer les salariés de celle-ci pendant leur temps de travail à des fins personnelles, s'analyse comme un détournement de fonds de l'association destinés à rémunérer des prestations ne devant être effectuées que dans son seul intérêt [...]* ».

146 Le raisonnement de la Cour était sans doute déterminé par sa volonté répressive, mais il était, techniquement, plus spécieux que rigoureux : l'objet de la remise qui, seul, pouvait par la suite être détourné²¹¹, n'était pas le pécule dont disposait de façon permanente le directeur de l'association, à ce titre et dans l'intérêt d'icelle ; ce qui, en l'espèce, avait été spécialement remis, était en réalité la force de travail des salariés de l'association. La rémunération de ces derniers n'avait pas, en effet, été détournée, puisqu'elle leur était due en vertu d'un contrat de travail, et que s'était opéré, alors, un transfert de propriété des fonds utilisés à cette fin. De plus, quand bien même il aurait été démontré que le directeur s'était vu remettre les fonds, préalablement et précisément, afin de rémunérer les salariés, celui-là aurait, justement, respecté cette affectation en payant ceux-ci. A l'inverse, la contrepartie qui appartenait à l'association était la seule force de travail de ces derniers qui, en vertu du même contrat, devait s'exercer dans l'intérêt propre de l'association ; c'est donc celle-ci qui, en l'espèce, semblait avoir été détournée²¹².

²⁰⁹ Pour plus de détails sur ces détournements, v. *infra*, n^{os} 221 et s.

²¹⁰ *Bull. crim.*, n^o 248 ; *D.*, 2005, juris. p. 411, obs. B. DE LAMY.

²¹¹ V. *infra*, n^{os} 217-218.

²¹² Pour plus de précisions, v. *infra*, n^{os} 674 et s.

147 De ce qui précède, il ressort que, face à une réalité économique qui éprouve certaines notions fondamentales du droit, la Chambre criminelle hésite, prudemment, à reconnaître directement que la force de travail est un bien²¹³. Toutefois, en la protégeant indirectement comme un objet de propriété, elle démontre que c'est souvent vers le pôle de l'objet que tend la personne humaine en action. Ainsi, à l'image du droit civil, le droit pénal est confronté à l'existence de choses incorporelles dont la patrimonialité est polémique, et doit conséquemment opérer une préservation satisfaisante de ces valeurs, sans pourtant heurter les règles fondamentales qui régissent le droit des personnes et le droit des biens. Ce relatif effacement des frontières entre avoir et être fait de la chose, parfois partie d'une personne, la plupart du temps bien en devenir, une notion stratégique, et lui donne, par là même, une autonomie et une importance inédites.

§ 2. La matérialité apparente de la chose

148 L'ABSENCE D'UN CONSTRUIT PROPRE A LA CHOSE. – Bien que la Cour de cassation ait souvent adopté une interprétation autonome de la notion de chose, il existe peu d'études consacrées exclusivement à cette dernière²¹⁴. La plupart des examens de la chose sont, en effet, logiquement subsumées sous les approches de la notion de bien, tout bien étant, dans un état premier, une chose²¹⁵. A ce constat général s'ajoute la dissolution traditionnelle, spécifique au droit pénal, de l'analyse de la chose dans celle de la notion de soustraction, le lien de corrélation entre ces deux éléments étant bien réel, mais ayant été fallacieusement

²¹³ Comp. T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992, n°s 350 et s., p. 393-394 : « *La liberté du travail est [...] le succédané de la propriété à propos de la force de travail : elle assure sa réservation comme si elle était objet de propriété, tout en consacrant son irréductibilité à la propriété, en raison de son inaliénabilité. La force de travail est, dès lors, l'objet d'une quasi-propriété, d'une espèce de propriété utile [...]* ». – La Cour de cassation hésite encore, la solution ayant été récemment confirmée. V. Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 220 : « *l'affectation, en connaissance de cause, des agents municipaux, à des tâches non conformes aux emplois prévus, implique le détournement de leur rémunération, opérée par prélèvement sur le budget de la commune [...]* » ; Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi n° 08-85400 : sanction du détournement, par le directeur de deux associations, des « *salaires* » de deux employés de celles-ci, au profit d'une société dont il était gérant-associé. – V., également, Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi, n° 08-84107 : condamnation du responsable salarié du service d'appareillage provisoire d'un centre de rééducation et de réadaptation fonctionnelle pour « *détournement des moyens matériels et humains de son employeur* ». Ce salarié avait, en effet, redirigé les clients du centre vers un prothésiste indépendant, afin que celui-ci confectionne, à l'aide de moules fabriqués par le salarié, durant ses heures de travail et partir du matériel du centre, leurs prothèses définitives. A cette fin, le salarié a même créé une société pour facturer ses prestations, représentant 30 % du coût des prothèses.

²¹⁴ V., toutefois, G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.*, 2006, chron. p. 3015 et s. V. également, pour un certain type de choses, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, et, pour une certaine espèce de choses, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*

²¹⁵ V. *supra*, n° 124.

inversé par les interprètes²¹⁶. La pertinence d'un commentaire autonome sur la notion de chose n'est alors pas certaine, d'autant qu'il peut apparaître vain, voire dangereux, de faire d'un mot au sens aussi vague une notion juridique. Toutefois, force est de constater l'emploi, par différents codes, de ce vocable particulier et, surtout, l'interprétation propre qui en a résulté, faisant généralement de la chose un objet exclusivement matériel.

149 L'AUTONOMIE JURIDIQUE DE LA CHOSE : UNE NOTION MATÉRIELLE. – Dans un sens couramment admis, bien que restreint, la chose n'est qu'un « *objet matériel considéré sous le rapport du Droit [...], une espèce de bien parfois nommé plus spécialement chose corporelle* »²¹⁷. Espèce de bien, la chose est donc un bien, mais elle n'est pas n'importe quel bien : elle est le bien matériel, duquel il convient de distinguer, principalement, le droit. Ainsi, certains articles des Codes civil et pénal ne se réfèrent qu'à la chose, les plus notoires étant l'article 544 du premier et l'article 311-1 du second, qui posent respectivement les prérogatives qu'offre le droit de propriété, puis la principale forme de sa protection pénale. De cette différence de vocable entre « bien » et « chose » au sein des textes, le juge a fait une différence d'objet, en interprétant plus largement celui-là que celle-ci. Les textes qui visent la chose ne protègent donc pas les biens, mais une catégorie au sein des biens qui exclut notamment les biens incorporels. L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, édictant un principe général de responsabilité du gardien du fait de sa chose inanimée n'est, par exemple, pas interprété clairement par le juge comme s'appliquant du fait des choses immatérielles : une seule décision rendue, par une juridiction du fond, semble avoir reconnu en une image « *une chose au sens de l'article 1384, alinéa 1* », car celle-ci était « *susceptible notamment de reproduction et de conservation dans les archives* »²¹⁸, c'est-à-dire qu'elle existait et subsisterait avec ou sans le droit. De même, c'est en réalité cette chose entendue restrictivement qui, seule, justifie la taxinomie de l'article 516 du Code civil. En effet, sans doute faudrait-il plutôt entendre que « *toute chose est meuble ou immeuble* », ce dont le juge prend acte, d'un côté, pour les meubles, en refusant d'appliquer l'article 2279 du Code civil aux biens incorporels²¹⁹ et, d'un autre, pour les immeubles, en refusant la rescision pour

²¹⁶ V. *infra*, n^{os} 164-166 et 226-227.

²¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V^o Chose. Nous soulignons.

²¹⁸ TGI Paris, 1^{ère} ch., 27 févr. 1991 : *JCP G.*, 1992, II, 21809, note critique P. LE TOURNEAU.

²¹⁹ La solution est désormais classique : v., par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n^o 144 ; Cass. com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 62. – Il s'agit désormais de l'article 2276 du Code civil, mais la solution reste la même.

lésion de la vente d'un fonds de commerce²²⁰. Le choix de ce sens n'est pourtant pas, en pur droit civil, et contrairement au droit allemand²²¹, clairement établi par le législateur, de même que ce dernier ne le réfute pas non plus.

150 En droit pénal, il existe principalement deux textes qui font spécifiquement référence à la chose entendue comme l'objet d'un droit de propriété : en amont, le vol est la soustraction de la chose d'autrui²²² ; en aval, le recel est, notamment, la dissimulation, la détention ou la transmission de cette chose, en connaissance de son origine délictueuse²²³. Là encore, l'identification du terme paraît provoquer l'identité de l'interprétation : la chose semble être nécessairement corporelle et, dès qu'une fuite de la matérialité se manifeste, soit il n'y a pas vol, soit il y a intervention expresse du législateur et, en principe, il n'y a jamais recel. Ainsi, selon le juge pénal, il ne peut pas, par exemple, y avoir vol d'une onde hertzienne²²⁴ ou encore d'une communication téléphonique²²⁵. De même, le vol d'électricité n'est désormais sanctionné que sur le fondement de l'article 311-2 du Code pénal, texte spécial qui assimile – ce que le juge ne peut faire – la soustraction d'énergie à la soustraction classique. Enfin, la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe, par lequel elle a refusé de faire entrer dans le champ d'application de l'article 321-1, alinéa 1^{er}, le recel d'une information²²⁶. Le sens privilégié en droit pénal est dès lors clair : la chose est, dès le texte et contrairement au bien, un objet nécessairement matériel. Pourtant, la chose est une existence, pas une évidence.

151 LA DIVERSITÉ DES APPROCHES DE LA CHOSE : UN ENTENDEMENT PLURIEL. – L'approche judiciaire de la chose est en réalité plurielle. Parfois, en effet, chose et bien coïncident : l'article 544 du Code civil pose les prérogatives s'attachant à tout objet de propriété, or il ne vise expressément que la chose²²⁷. De même, l'article 1126 du Code civil dispose que « *tout*

²²⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1992, *Bull. civ.* III, n° 9. L'article 1674 du Code civil se réfère directement aux immeubles. – La Cour de cassation refuse également d'appliquer les articles 1732 et 1733 du Code civil au fonds de commerce, lesdits articles ne se référant cette fois directement ni aux immeubles, ni aux choses. Mais ils s'inscrivent dans le titre du Code civil relatif au contrat de louage, l'article 1708 posant qu'il y a deux sortes de contrats d'un tel type, « *celui des choses, et celui d'ouvrage* ». Et, bien que l'on puisse louer, selon l'article 1713 « *toutes sortes de biens meubles ou immeubles* », les règles posées s'appliquent plus notoirement aux immeubles. V. par ex., pour l'art. 1732, Cass. civ. 3^{ème}, 13 oct. 1999, inédit, pourvoi n° 97-16614 et, pour l'art. 1733, Cass. com., 21 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 168.

²²¹ V. § 90 BGB : « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nür körperliche Gegenstände* » (Les choses au sens de la loi ne sont que des objets corporels).

²²² Art. 311-1 C. pén.

²²³ Art. 321-1, al. 1^{er}, C. pén.

²²⁴ CA Paris, 24 juin 1987, *D.*, 1988, somm. p. 226-227, obs. T. HASSLER.

²²⁵ Cass. crim., 12 déc. 1990, préc.

²²⁶ Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 142. – V. *infra*, n° 266.

²²⁷ « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...]* ».

contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner – chose que l'on peut alors concevoir, restrictivement déjà, comme exclusivement matérielle –, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire – chose cette fois exclusivement immatérielle ». C'est, alors, faire appel au sens premier du mot, dont le droit peut certainement s'écarter, si le législateur le détermine, mais que le juge ne peut ignorer, en l'absence d'une telle détermination, lorsque ne demeure que la logique du sens ; tout bien est une chose.

152 La chose représente, effectivement, le « *terme le plus général par lequel on désigne tout ce qui existe et qui est concevable comme un objet unique (concret ; abstrait ; réel ; mental)* »²²⁸. Sous le prisme du droit, elle devient le développement dialectique de la notion de droit subjectif²²⁹ : elle est toujours l'objet de ce droit, extérieure au sujet et, la plupart du temps, voire à tout moment, appropriée par lui. Sans aucun doute large, le sens ainsi retenu discrimine pourtant, pour une large part, les virtualités sémantiques du mot « chose »²³⁰ : antérieure au droit, mais sous son prisme, la chose est tout objet appropriable ; postérieure, elle est appropriée, c'est-à-dire bien. Elle se définit donc, avant tout, par son opposition au sujet de droit, la personne juridique, et elle constitue un préalable du bien, la consistance de ce dernier dépendant logiquement de celle de la chose. Or, il existe des choses immatérielles.

153 LA PLEINE CAPACITE DE LA CHOSE : LE RETOUR A UNE APPROCHE UNITAIRE. – En apparence contradictoires, les approches de la chose peuvent pourtant être systématisées simplement et logiquement. Il est, au sein des choses, des objets corporels et des valeurs immatérielles. Parmi les normes régissant le monde des choses, certaines ont une vocation générale et s'appliquent donc à toutes les choses : c'est le cas de l'article 544 du Code civil, mais également celui de l'article 1384, alinéa 1^{er}²³¹. D'autres, précisant un caractère donné de la chose, n'ont vocation à régir que celles chez lesquelles ce trait particulier existe. Tous les textes concernant des biens qualifiés de meubles ou d'immeubles ont, ainsi, pour point commun de ne s'appliquer qu'à des choses corporelles, puisque leur critère de distinction est

²²⁸ *Le Petit Robert*, V° Chose.

²²⁹ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 414.

²³⁰ Voir Y. THOMAS, *op. cit.*, p. 417 et s. – Le Code pénal de 1791 sanctionnait, par exemple, les « crimes et attentats contre la chose publique », cette dernière ne représentant pas toute chose appartenant à l'Etat, mais toute chose qui concerne l'Etat.

²³¹ Rien, dans le texte, ne permet en effet d'exclure les choses immatérielles. D'autant que c'est avant tout en raison de leur effectivité que ces dernières sont prises en compte par le droit, c'est-à-dire de leur traduction en action, et donc notamment de leur aptitude à être dommageables. V., à ce sujet, G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G.*, 1996, I, 3895 ; A. LUCAS, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 817 et s. ; E. TRICOIRE, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 983 et s.

fondé sur la mobilité, inconcevable en matière d'immatériel, dont l'une des spécificités réside, précisément, dans l'aptitude à l'ubiquité.

154 Toutefois, le critère n'est pas toujours si ostensible. Par exemple, l'article 311-1 du Code pénal ne s'applique *a priori* pas aux choses incorporelles et aux immeubles, non pas, parce qu'il est exigé, dans le texte, une quelconque qualité de la chose, mais plutôt, parce que ces derniers biens ne semblent pas être susceptibles de faire l'objet d'une soustraction²³². Or, c'est seulement de la sanction d'un tel acte dont il s'agit, celui-ci participant alors nécessairement à la qualification de la chose²³³. L'article 311-2 confirme d'ailleurs ce constat, en n'assimilant pas l'énergie à la chose, mais la soustraction d'énergie à la soustraction de la chose : l'acte apparaît, en l'occurrence, comme le seul véritable obstacle à la prise en compte de l'énergie par le droit pénal de la propriété²³⁴. C'est dire que si l'incrimination ne protège pas, pour l'instant, les choses immatérielles, elle n'y reste fermée que pour des raisons techniques. Car l'article 311-1 du Code pénal a une vocation tout aussi générale que celle de l'article 544 du Code civil : il préserve toute propriété, quelle qu'elle soit. Il n'est donc pas certain, en définitive, qu'il soit parfaitement cohérent, comme cela paraît encore être le cas, la plupart du temps, de déterminer l'objet à protéger en fonction de l'acte à sanctionner.

155 LA CHOSE D'AUTRUI : LA PROTECTION DE LA PROPRIETE, MEME OISIVE. – L'article 311-1 du Code pénal, situé dans un livre consacré à la protection des biens, sanctionne « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Moins que toute chose, la chose d'autrui est la chose qui est déjà appropriée, c'est-à-dire le bien. L'objet protégé par le texte est donc le même pour toutes les incriminations dont le but est la défense de la propriété.

156 Clef de voûte du triptyque d'incriminations issues du *furtum* romain²³⁵, le vol s'articule principalement avec les infractions d'abus de confiance et d'escroquerie. La fission de ces trois incriminations est une conséquence, parmi d'autres, de l'application du principe directeur du droit pénal spécial moderne : prévoir légalement et spécialement, pour réprimer, chaque atteinte envisageable envers un intérêt protégé, en l'occurrence la propriété, à travers

²³² Pour un autre point de vue, v. *infra*, n^{os} 243 et s.

²³³ V. par ex., dans le même sens : A. VITU, *op. cit.*, t. II, n^o 2213, p. 1800-1801 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n^o 526, p. 305 ; W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », n^o 16, p. 4. – La loi des XII Tables désignait d'ailleurs par le même mot, *furtum*, le fait de voler et la chose volée : v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006 (2^{ème} éd.), p. 23.

²³⁴ V. *infra*, n^o 247.

²³⁵ Le Code pénal lui consacre 18 articles (art. 311-1 à 311-16), situés en tête du livre III, consacré à la protection de la propriété.

la chose d'autrui. C'est pourquoi, dans un système ne connaissant pas le principe de légalité, toute infraction contre le bien d'autrui peut être qualifiée de vol ; mais, à l'inverse, dans un système légaliste, le vol ne peut être, strictement, que la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

157 Les délits d'abus de confiance et d'escroquerie ont, ainsi, « *pour acte de naissance la loi des 25 septembre et 6 octobre 1791* »²³⁶, date d'effectivité juridique du principe de légalité. A partir de ce moment, la loi distingue clairement entre trois types d'atteintes qui participaient antérieurement de la sanction du vol, ou qui étaient assimilées à celle-ci. De façon contemporaine, d'autres incriminations sont encore apparues, parallèlement à la nécessité de sanctionner chaque nouvelle forme d'atteinte portée à la propriété, telle, par exemple, chacune des filouteries²³⁷.

158 Par conséquent, ce n'est pas dans l'objet que l'ensemble de ces incriminations diffèrent, mais dans l'atteinte. Elles sont liées par une communauté de but, toutes forgées pour la protection de la propriété, à travers celle du bien, c'est-à-dire de la chose d'autrui. Leur création et leur développement s'explique donc, d'un côté, par l'existence d'une propriété dynamique, pleinement commerciale, mais corrélativement porteuse d'une vulnérabilité croissante et, d'un autre côté, par la nécessité politique et technique d'un texte abstrait, suffisamment large pour englober ces nouvelles situations, mais suffisamment restreint pour ne contenir que celles-ci. Toutefois, cette existence ne doit, pour bien des raisons, jamais conduire à occulter leur lien originel : il s'agit toujours de protéger la propriété, ce qui signifie que l'objet de chacune de ces infractions ne peut différer, et il est question de défendre toute forme de propriété, jusqu'à celle qui a vocation, ou destination, à rester en dehors du commerce. Car rien ne s'oppose vraiment à l'existence d'une telle propriété : les Romains l'avaient bien compris, qui distinguaient, au sein des qualités de la chose, la capacité à être propre et les utilités²³⁸.

159 La définition concise du vol exprime la simplicité de sa *ratio legis* : sanctionner l'atteinte au fait d'être propre, devenu droit. Le vol prend, dans cette générale candeur, à la fois son homogénéité et sa spécificité : il peut, potentiellement, protéger toutes les choses d'autrui, c'est-à-dire tous les biens, s'inscrivant nécessairement dans le courant de dématérialisation des objets de propriété, et permettant ainsi, plus aisément que les autres incriminations, de

²³⁶ C. SAMET, *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du Parlement de Paris au cours du XVIII^e siècle*, Travaux et recherches de l'Université de Paris, PUF, 1989, p. 19. – Adde M.-L. RASSAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 313-1 à 313-3, fasc. 20, « Escroquerie », n° 4, p. 3-4.

²³⁷ Art. 313-5 C. pén.

²³⁸ Voir M. VILLEY, *op. cit.*, p. 187-188. – Sur cette propriété extracommerciale, v. *infra*, n°s 645 et s.

préservent certains biens placés en dehors du commerce juridique, dont l'unique particularité réside alors dans leur attachement à une personne. L'abus de confiance suppose, en effet, une mobilisation préalable du bien. Le vol, à l'inverse, sanctionne la soustraction, c'est-à-dire qu'il protège justement de la mise en circulation involontaire du bien²³⁹. C'est pourquoi il réprime l'appropriation frauduleuse de la lettre missive ou du document personnel²⁴⁰ qui, n'ayant aucune valeur pour les autres, n'aurait sans doute pas été mis en circulation ; il défend même, au-delà de cette extracommercialité de fait, les biens juridiquement extracommerciaux, par exemple les stupéfiants²⁴¹, choses qui n'auraient jamais pu faire l'objet d'une circulation juridique.

160 Ces considérations confirment alors que, même s'il apparaît comme une infraction isolée à raison de son objet, ce qui fonde la spécialité du vol, comme celle de toutes les autres incriminations, ne réside en réalité pas dans cet objet, mais dans l'atteinte qui y est portée. Toute une famille d'incriminations a, en effet, pour vocation de protéger la propriété, à travers le bien ou la chose que celui-ci constitue en première analyse. En conséquence, si l'objet évolue, par exemple en se dématérialisant, ce qui est concevable tant pour le bien que pour la chose, il faut que chacune des atteintes pénales qu'il est susceptible de subir s'adapte, en se dématérialisant à son tour.

161 CONCLUSION DU CHAPITRE 1. – En incriminant certains comportements susceptibles de porter atteinte à la propriété des sociétés, le législateur a veillé, lors de l'opération de définition des interdits, à ajuster le droit pénal aux réalités de l'appropriation dans le domaine des affaires. Faisant cela, il a, non seulement, autorisé la protection des biens incorporels appartenant aux sociétés, peut-être même au-delà de ce que les interprètes concèdent habituellement, mais il a aussi, surtout, donné au juge pénal une directive d'interprétation de l'ensemble des incriminations dont la cause réside dans la préservation de la propriété.

162 Ces incriminations ont, en effet, toutes été construites autour d'une notion commune, le bien, dont l'unité d'interprétation, par souci de logique tout autant que de sécurité juridique, s'impose. Or, une rapide épistémologie de la notion révèle, qu'en droit pénal, rien ne s'oppose

²³⁹ Pour l'escroquerie, la remise est volontaire, mais pas libre : v. *infra*, n° 212.

²⁴⁰ V., par ex., Cass. crim., 30 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 381 ; Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336 : la Cour d'appel qui, « pour relaxer le salarié du chef de vol, [...] retient, par motifs propres et adoptés, que les informations figurant dans les documents reproduits, constitués de courriers administratifs de portée générale, n'ont aucune valeur marchande [...] a méconnu les textes susvisés ».

²⁴¹ V., par ex., Cass. crim., 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148 ; Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340.

et, au contraire, tout conduit à ce que des choses incorporelles appropriées puissent être qualifiées de biens. Le refus d'un tel entendement, en droit pénal notamment, procède de différentes confusions, de nature historique ou technique, qui, une fois dénoncées, ne justifient plus l'exclusion des propriétés immatérielles du domaine de la protection pénale des biens. Dans ce débat, la jurisprudence innovante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a joué un rôle particulièrement important, en démontrant l'adaptation du droit pénal traditionnel aux réalités contemporaines de l'appropriation.

163 Seule la chose, lorsque celle-ci est perçue comme une notion autonome du bien, apparaît encore fermée à une telle évolution. Cependant, là encore, tant à l'examen de la notion, qu'à celui de l'application des règles dont la chose serait l'objet, indépendamment du bien, il appert que seuls les textes renforçant leur qualification de la chose, en faisant explicitement de cette dernière une notion matérielle, justifient que les choses incorporelles ne puissent être régies par eux. Pour les autres, par exemple les articles 544 du Code civil et 311-1 du Code pénal, rien n'empêche la considération des choses incorporelles. Plus encore, la vocation générale de ces textes semble précisément imposer leur ouverture aux biens immatériels, d'autant plus que, en ce qui concerne les principales incriminations du livre III du Code pénal, la dématérialisation de leur élément matériel ne se conçoit que comme la conséquence de celle des objets préservés de la sorte.

Chapitre 2. La réception par l'élément matériel

164 LES CAUSES DE LA DETERMINATION DU COMPORTEMENT. – La norme de comportement décrit avant tout un comportement matériel, un « *agissement propre à réaliser une intention* »¹. L'acte dessiné tend vers une fin et, une fois ce but atteint, il ne reste qu'à démontrer qu'il était conscient et volontaire², bref que l'intention s'est réalisée. On est alors parvenu au résultat légal³ de l'incrimination : il y a infraction.

165 Afin que l'opération de définition de l'incrimination soit efficiente, la matérialité est exprimée en considération d'un résultat redouté⁴ et du résultat probable d'un comportement⁵ ; l'application concrète du texte aura pour résultat probable le résultat redouté. Par exemple, la soustraction de la chose aura pour résultat probable l'atteinte à la propriété d'autrui. Le résultat probable n'est donc pas le résultat matériel – le déplacement de la chose pour la soustraction –, inhérent à l'agissement⁶, mais un résultat juridique conséquent et attaché à ce seul résultat matériel. Les résultats « redouté » et « probable » sont intimement liés : ils sont tous deux des résultats juridiques comparables. Simplement, le résultat redouté ne s'attache à aucun comportement particulier, alors que le résultat probable s'attache à un comportement

¹ C. LOMBOIS, « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, 4^{èmes} Journées R. Savatier, PUF, 1994, p. 58.

² Et souvent, *res ipsa loquitur* : v. C. LOMBOIS, *ibidem* ; « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, p. 85-86 ; Y. MAYAUD, « Des risques causés à autrui. Applications et implications ou de la naissance d'une jurisprudence », *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 575.

³ C'est le seuil de consommation de l'infraction : v. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, coll. U, A. Colin, 1971, p. 171 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 319, p. 182-183 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.), n° 276, p. 289-290. – Il est également, parfois, qualifié résultat « efficient » : v. M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 586, p. 212 ; ou résultat « juridique » : v. A. DECOCQ, *ibid.* – Mais les adjectifs varient tellement selon les auteurs, que le résultat apparaît comme une notion fuyante : v. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, notam. 1^{ère} partie, p. 39 et s.

⁴ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 202, p. 220 : un résultat que le législateur « entend éviter, facteur de dérangement ou de trouble pour l'ordre public ». – Il est également appelé, assez improprement en raison de son abstraction, résultat « réel », ou encore, plus pertinemment, résultat « sociologique » : v. A. DECOCQ, *ibid.* ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 314, p. 180. – Un auteur préfère la qualification de résultat « social » : M. PUECH, *op. cit.*, n° 584, p. 212.

⁵ Comp. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 316, p. 181 ; Y. MAYAUD, *ibid.* – Ce résultat n'est généralement pas, à l'image des deux ouvrages ainsi cités, clairement autonomisé par la doctrine.

⁶ En ce sens, C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 56 ; M. PUECH, *op. cit.*, n° 589 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 317, p. 181. – V. *infra*, n° 446.

unique⁷. Il y a, ainsi, plusieurs formes d'atteinte à la propriété, au sein desquelles adhère la soustraction.

166 Ce lien s'exprime nécessairement dans le texte d'incrimination, ce qu'un auteur définit en partie de la sorte : « *le résultat réel⁸ est la projection d'un dommage à éviter sur la qualification pénale. C'est donc une " fin " qu'il appartient de prévenir par l'incrimination de " moyens " en rapport de causalité avec elle [...] ; on veut prévenir un dommage, on remonte alors la chaîne de ses modes de réalisation, et l'on érige ceux-ci en faits infractionnels* »⁹. La fin est donc le déterminant du législateur, à tel point qu'elle survit à l'opération de définition pour figurer au sein même du texte d'incrimination, par le biais de l'objet de l'atteinte matérielle. Ainsi, le vol n'est-il pas qu'une soustraction, mais une soustraction de la chose d'autrui, c'est-à-dire un acte envers et contre la propriété d'un autre. Le résultat probable intégrant, alors, parfaitement le résultat redouté, le probable confine souvent au certain : chaque soustraction de la chose d'autrui provoquera, sauf exception, une atteinte juridique à la propriété. L'opération de définition est alors achevée.

167 Par souci de logique, ce lien indissociable entre l'objet déterminant et le comportement déterminé doit subsister. S'il y a évolution de l'objet, il doit donc y avoir évolution consécutive de l'acte, afin que demeure entre eux une véritable relation de cause à effet.

168 LES CAUSES DE LA DEMATERIALISATION DU COMPORTEMENT. – Tout effet a une cause et faire d'un effet la cause, ou lui trouver arbitrairement une autre cause, est une opération illogique et, partant, interdite, particulièrement en droit pénal où la cause ne peut être que légale et spéciale. Ainsi, la dématérialisation du comportement ne peut se justifier que par celle, préalable, de son objet¹⁰.

⁷ Dans un sens proche, v. Y. MAYAUD qui opère une distinction équivalente entre résultat redouté – réel – et résultat juridique : le résultat juridique est « *un dommage abstrait sous forme d'une atteinte isolée ou conjuguée à une ou plusieurs valeurs sociales essentielles* », in *Le mensonge en droit pénal*, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979, n° 366, p. 241. Dès lors, s'il y a infraction, il y a toujours atteinte au résultat juridique, et parfois au résultat réel ; c'est la distinction classique entre les infractions matérielles et les infractions formelles. Ce résultat juridique est proche du résultat légal, à tel point qu'ils ne semblent s'en distinguer qu'en fonction du référent choisi : pour reprendre la définition d'Y. MAYAUD, le résultat juridique est l'atteinte abstraite, alors que le résultat légal est l'atteinte concrète, celle qui déclenche la répression. – Ce comportement est plus ou moins précis, selon l'importance ou pas du moyen employé : v. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, coll. Thémis, PUF, 2005 (6^{ème} éd.), p. 211.

⁸ C'est-à-dire redouté.

⁹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 360, p. 238. – Adde P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 41, p. 25-26.

¹⁰ V., cependant, M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 507 : « *Ce maintien de la matérialité de la soustraction est d'autant plus important que*

169 Pourtant, les formes connues de dématérialisation de l'agissement pénal, tant jurisprudentielles que légales, ne paraissent pas forcément découler de l'incorporalité de l'objet protégé. Par exemple, la soustraction « juridique », un temps sanctionnée par le juge pénal, sous l'influence d'Emile Garçon, ou le recel-profit, désormais incriminé par l'article 321-1, alinéa 2, du Code pénal, s'avèrent être des instruments de pénalisation, plus que de dématérialisation. Leur cause ne réside pas, en effet, dans la volonté d'adapter le droit au domaine de l'immatériel. Il faut donc, plus rigoureusement, se poser la question, pour le vol, pour le recel, mais aussi pour la plupart des autres incriminations traditionnelles dont le but est la préservation de la propriété, de l'adaptabilité des agissements prohibés, dès le Code pénal de 1992, à un objet sans corps. Pour cela, il paraît opportun de reconstituer l'essentiel du maillage répressif applicable en la matière, en envisageant sa dématérialisation de l'amont de l'atteinte (**Section I**), jusqu'à son aval (**Section II**).

Section I. LA DEMATERIALISATION DES L'AMONT DE L'ATTEINTE A LA PROPRIETE

170 UNE TAXINOMIE RAPIDE DES COMPORTEMENTS EN MATIERE D'INFRACTIONS « *CONTRE LES BIENS* ». – La matérialité des infractions contre la propriété emprunte deux figures principales : l'auteur s'empare du bien d'autrui, ou il le garde après qu'il lui a été remis ; soit il le soustrait, soit il le détourne. La soustraction s'oppose alors d'abord à la remise, qui constitue le préalable nécessaire du détournement. Ce schéma premier, pour simpliste qu'il soit, n'apparaît pourtant pas démenti par l'examen des autres infractions contre la propriété. L'escroquerie, par exemple, prend la forme, matériellement, d'une remise et, intellectuellement, d'une soustraction. Conséquemment, la question de la dématérialisation des infractions contre les biens semble pouvoir se résumer à celle de l'existence d'une soustraction et d'une remise plus éthérées. Plus encore, ces deux comportements reposant sur des bases matérielles similaires, ne suffit-il, en définitive, de se demander si l'un ou l'autre peut s'appliquer aux biens incorporels ?

171 L'UNITE THEORIQUE DE LA REMISE : LA MISE EN CAUSE DE L'UTILITE D'UNE NOTION AUTONOME DE SOUSTRACTION. – Un auteur fait, en effet, de la notion de remise le point

la chose, objet de la soustraction, est dématérialisée ». Mais ce qu'il faut maintenir, nous semble-t-il, est plutôt l'essence de la soustraction : v. supra, n° *infra*, n°s 226 et s.

d'articulation du *furtum* moderne. La remise est, « *en principe, exclusive du vol* », « *parfaitement normale et régulière dans l'abus de confiance, dont elle ne constitue [...] qu'une condition préalable, alors que c'est elle, au contraire, qui consomme l'escroquerie* »¹¹. Plus généralement encore, la notion semble présente, implicitement ou explicitement, dans l'ensemble des infractions contre la propriété, jusqu'au vol où, soit l'on condamne son absence, soit l'on prétend, de manière d'ailleurs contestable, que la remise de « *la détention matérielle d'une chose mobilière, non accompagnée de la remise de la possession, n'est pas exclusive de la soustraction* »¹².

172 Il apparaît alors que l'objet d'une atteinte juridique contre la propriété puisse se définir, d'un côté, comme une chose appropriée et, d'un autre côté, d'un point de vue purement pénal, comme une chose susceptible d'être remise. La remise de la chose consomme l'escroquerie, rend possible le détournement et, plus abstraitement, une chose susceptible d'être remise est, corrélativement, susceptible d'être soustraite. En conséquence, savoir si un bien incorporel peut subir une infraction contre la propriété implique seulement de s'interroger sur son aptitude à être remis, celle à être soustrait en découlant. Toutefois, un arrêt ayant récemment mis en cause l'utilité même de la notion de remise au sein de l'abus de confiance¹³, sans doute ne faut-il pas se contenter de cette première approche.

173 LA NECESSAIRE SPECIFICITE DE LA SOUSTRACTION : LE PRINCIPE DE DISCONTINUITÉ DE LA LOI PENALE. – Le principe de légalité est libéral, ayant pour corollaire le principe de discontinuité de la loi pénale¹⁴ : seuls les comportements expressément et précisément définis par la loi sont réprimés, chaque frontière devant ainsi s'établir, non pas entre deux textes répressifs, mais entre un texte et son absence, c'est-à-dire entre ce qui est prohibé et ce qui ne l'est pas. Chercher judiciairement la continuité de la répression, en effaçant la spécificité de chaque texte pour combler d'éventuels vides juridiques, remet en cause le caractère

¹¹ R. VOUIN, *Droit pénal spécial*, t. I, coll. Précis, Dalloz, 1971 (3^{ème} éd.), n° 10, p. 18. – Adde A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, n° 2205, p. 1794-1795.

¹² Cass. crim., 11 juin 1990, *Bull. crim.*, n° 238. V. aussi Cass. crim., 8 févr. 1993, *Bull. crim.*, n° 65 ; Cass. crim., 7 juin 1994, inédit, pourvoi n° 93-81442. – Le Code pénal de 1992 semble avoir sonné le glas de cette jurisprudence : la formule n'est plus employée que dans des moyens de pourvois, toujours rejetés. V., par ex., Cass. crim., 4 mai 2004, inédit, pourvoi n° 03-85692.

¹³ Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218.

¹⁴ En ce sens, J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001 (10^{ème} éd.), p. 30 : « *Le principe de légalité des délits et des peines a pour conséquence la discontinuité du droit criminel. Par ce principe, le droit pénal moderne s'est constitué de lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins* » ; E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, coll. Responsabilités et assurances, Litec, 2008 (2^{ème} éd.), n° 6, p. 4 : « *la subsidiarité et la discontinuité [...] sont de l'essence du droit pénal* ».

exceptionnel du droit pénal, de même que les caractères propres à la loi pénale, notamment sa nécessaire précision et son indispensable prévisibilité¹⁵. C'est, ainsi, oublier que l'ensemble des principes qui régissent la matière pénale sont respectueux des libertés individuelles, car tel est le postulat du droit pénal moderne : la liberté comme principe, la contrainte comme exception, tout ce qui n'est pas défendu étant permis¹⁶.

174 Dès lors, admettre par exemple, comme a pu le faire la jurisprudence, qu'il peut y avoir soustraction malgré une remise provoque la déformation de notions précises, et crée une frontière entre vol et abus de confiance, autour de laquelle le juge évolue parfois sans cohérence. Le constat vaut tout autant pour l'escroquerie¹⁷. Remise, détournement et soustraction doivent donc garder leur spécificité. Par conséquent, les questions de l'ouverture à l'immatériel de la remise et du détournement (§ 1), d'une part, puis de la soustraction (§ 2), d'autre part, se posent en des termes distincts.

§ 1. La dématérialisation de la remise et du détournement

175 LA REMISE PRECEDANT L'INFRACTION. – Pour certains auteurs, la remise constitue une condition préalable de l'abus de confiance¹⁸. En effet, elle ne participe pas à constituer l'infraction, puisqu'elle se déroule antérieurement et indépendamment de cette dernière, mais il ne peut, *a priori*, pas y avoir de détournement, donc d'abus de confiance, sans remise préalable.

176 La remise est, plus justement, un fait juridique permettant d'établir les relations régies par l'incrimination d'abus de confiance. C'est, la plupart du temps, en vertu d'une remise que s'établit, sur le même bien, un concours de droits hiérarchisés : d'un côté, le remettant reste le propriétaire de sa chose ; d'un autre côté, celui qui reçoit et accepte la chose, n'en devient que le détenteur précaire. Ainsi, la remise permet, non seulement, d'établir la réalité d'un élément

¹⁵ Voir M.-S. COUSIN-HOUPPE, « Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens (Vol – Abus de confiance – Escroquerie) », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 779 : le constat est identique, mais l'auteur considère, en revanche, que « l'apparition [par le biais de l'interprétation du juge pénal] d'une continuité de la loi pénale est indéniable et parfaitement justifiée » (p. 794).

¹⁶ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 91, p. 63 : « contrairement à trop d'idées reçues, le droit criminel constitue par nature une des branches du droit les plus protectrices de la liberté individuelle » (nous soulignons) ; G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 361 et s.

¹⁷ V. par ex. Cass. crim., 9 mars 1983, *Bull. crim.*, n° 76 ; *D.*, 1984, juris. p. 209, note J. DEVEZE. – Adde J. AUDIER, « Le " biais " de la peine justifiée », *Rev. sc. crim.*, 1978, p. 553 et s.

¹⁸ V. *supra*, n°s 24 à 28.

constitutif d'une infraction « *contre les biens* », l'existence d'un droit de propriété sur une chose, mais également, d'instaurer une relation qui facilite l'usurpation de ce droit, en faisant que la chose de l'un se trouve entre les mains d'un autre. Elle n'est donc importante qu'à travers ce qu'elle met en place. Cette finalité est d'ailleurs explicite dès le texte d'incrimination, qui précise que le bien doit avoir été accepté à une fin précise¹⁹.

177 L'INFRACTION SUCCEDANT A LA REMISE. – Le comportement infractionnel porte, bien logiquement, sur l'objet de la remise. Sa dématérialisation est donc, en principe, corrélative à celle de la remise, elle-même consécutive à celle de l'objet remis. Toutefois, les deux agissements n'ont ni le même auteur, ni le même statut juridique. Par conséquent, il est concevable qu'un bien puisse être remis, mais pas détourné. La dématérialisation du détournement (**B**) doit alors être étudiée indépendamment de celle de la remise (**A**).

A. La remise de biens incorporels

178 UNE FIGURE D'ACTE JURIDIQUE. – La remise suppose un échange entre deux personnes concernant une chose ; elle emprunte donc la figure d'un acte juridique. Mais il ne s'agit que d'une figure. Les infractions consommées par la remise ont pour cadre un contrat nul en raison d'un vice du consentement²⁰ aggravé : la violence pour l'extorsion et le chantage, le dol pour l'escroquerie et pour les filouteries. De même, les infractions dont la remise ne représente qu'un préalable ne nécessitent plus qu'une manifestation informelle de volonté, le juge ayant, au fil des décisions, démontré l'indifférence d'une cause juridique précise²¹. Ne constituant alors pas un acte juridique, la remise est, en réalité, un fait juridique.

¹⁹ Art. 314-1 C. pén. : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* » (nous soulignons).

²⁰ V. art. 1109 C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

²¹ Avant 1994, alors que la cause ne pouvait être que l'un des contrats spécialement énumérés par l'article 408 du Code pénal, le juge a décidé, faisant prévaloir le titre, qu'il pouvait y avoir abus de confiance si la remise avait une cause légale ou judiciaire, un mandat pouvant être décidé par une juridiction, en application d'une loi. Ainsi, malgré l'absence de contrat, il existait bien un mandant et un mandataire (v. Cass. crim., 10 août 1850 ; S., 1850, 1, p. 695). Après cet élargissement de la cause, le juge a proclamé son indifférence, en reconnaissant qu'il y avait abus de confiance, malgré la nullité du contrat en raison de son illicéité (v., pour un contrat de louage, Cass. crim., 12 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 161 ; pour un contrat de mandat, Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233). La consécration de l'effacement de la cause contractuelle est posée sur le fondement de l'article 314-1 du Code pénal de 1992, qui a supprimé de l'incrimination toute référence explicite à un contrat spécial. Sur cette nouvelle base, dans un arrêt du 18 octobre 2000 (inédit, pourvoi n° 00-82132), le juge reconnaît que « *l'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat* ». –

179 UN FAIT JURIDIQUE. – La remise est un fait juridique²², c'est-à-dire « *un fait que la loi prend en considération pour y attacher un effet de droit* »²³ et qui n'a, contrairement à l'acte juridique, « *pas toujours un caractère volontaire* »²⁴. Son objet constituant cependant un élément invariable, au moins d'un point de vue conceptuel²⁵, il serait illogique, malgré les différentes formes qu'elle est susceptible de prendre, de dématérialiser la remise dans le cadre d'une infraction, et de refuser de le faire dans le cadre d'une autre.

180 Les différentes remises du Code pénal se discriminent fondamentalement par leur caractère volontaire ou pas. Volontaire, la remise n'est pas un fait juridique suffisant pour produire des conséquences pénales. Il manque, en effet, le comportement de l'auteur, qui seul produit et consomme l'infraction. Involontaire, la remise va, au contraire, consommer l'infraction : si ce qui la détermine n'est pas la volonté du remettant, il faut alors en rechercher la véritable cause. S'il s'agit d'un simple vice du consentement, la remise ne pourra s'opérer selon les règles contractuelles ; le fait ne deviendra pas droit. S'il s'agit d'un vice grave, selon les procédés envisagés par le Code pénal, alors la cause de la remise est infractionnelle. Classiquement en matière de faits juridiques, les effets ne sont donc pas vraiment modelés selon la volonté de celui qui remet²⁶ ; classiquement en droit pénal, ce n'est pas le comportement de la victime qui importe. La remise n'est donc, juridiquement, qu'un événement révélateur : lorsqu'elle révèle l'infraction, s'interroger sur sa dématérialisation paraît suffisant pour savoir si cette dernière est ouverte à un objet immatériel (2). En revanche, si la cause de la remise est indifférente, la dématérialisation de la remise ne peut être que le préalable d'une autre dématérialisation : celle de l'opération infractionnelle (1).

V. aussi Cass. crim., 1^{er} mars 2000, *Bull. crim.*, n° 97 : sanction d'un détournement commis par une personne tenant son mandat du Code général des collectivités territoriales ; Cass. crim., 6 sept. 2000, inédit, pourvoi n° 99-87552 : sanction du greffier qui reverse trop tardivement des sommes perçues pour le compte du BODACC et de l'INPI ; Cass. crim., 3 déc. 2003, *Bull. crim.*, n° 232 : sanction, par le biais de l'abus de confiance, de prélèvements de revenus de personnes protégées, par un gérant de tutelle désigné en justice, à l'encontre des prévisions des textes réglementant la matière.

²² En ce sens : P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n° 549, p. 319.

²³ G. CORNU, *Introduction au droit*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n° 134, p. 77.

²⁴ G. CORNU, *op. cit.*, n° 141, p. 79.

²⁵ L'extorsion, le chantage, l'escroquerie et l'abus de confiance mobilisent identiquement « *la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* » : v. art. 312-1, 312-10, 313-1 et 314-1 C. pén.

²⁶ Voir J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, coll. Université, Sirey, 2006 (11^{ème} éd.), n° 215, p. 225.

1. L'indifférence de la cause : la remise volontaire d'un bien incorporel

181 UNE REMISE POSSIBLE ET ADAPTABLE. – Avant de voir comment la remise peut s'opérer malgré l'incorporalité de son objet (**b**), il est nécessaire de vérifier qu'elle soit véritablement susceptible de le faire (**a**).

a. La possibilité de la remise

182 L'ACCEPTATION ET L'AFFECTION DE LA REMISE : L'INSTAURATION D'UNE DETENTION PRECAIRE. – En dépit de l'absence de nécessité d'un cadre contractuel strictement entendu, l'auteur d'un abus de confiance doit, selon l'article 314-1 du Code pénal, avoir au préalable accepté le bien qui lui a été remis, à charge de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé. Il doit donc avoir reconnu le droit du propriétaire du bien, ainsi que la volonté de ce dernier de ne pas en transférer la propriété et de n'en concéder qu'une utilité temporaire. L'usage est, en effet, déterminé par le maître de la chose, c'est-à-dire par son propriétaire. C'est, ainsi, une détention précaire qui est instaurée par la remise²⁷. Il ne peut alors, en principe, y avoir abus de confiance après un transfert de propriété, le contraire conduisant à étendre un texte construit et autonomisé pour protéger une propriété dynamique, en un texte sanctionnant une atteinte à la bonne foi contractuelle²⁸.

183 Dans une telle acception, l'objet de l'atteinte n'est alors plus le bien, mais le contrat, or ce dernier n'est pourtant pas nécessaire à la constitution de l'infraction. Par contre, l'infraction peut se développer au sein d'une indivision, le juge pénal acceptant de sanctionner le

²⁷ Dans le même sens, v. par ex. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2008, n° 217, p. 68.

²⁸ En ce sens : J. LARGUIER, P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, coll. U, A. Colin, 2004 (11^{ème} éd.), n° 179, p. 170 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, coll. Précis, Dalloz, 2005 (6^{ème} éd.), n° 15, p. 20 ; P. CONTE, *op. cit.*, n° 544, p. 322-323. – Le juge pénal défend, avec constance et fermeté, la *ratio legis* de l'incrimination. V. Cass. crim., 26 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 29 : refus de la sanction de la conservation, par un avocat, de sommes qui lui ont été remises en vertu d'un contrat de mandat, malgré le fait que ce dernier ait été résilié avant son exécution, car « *les fonds n'avaient pas été remis au prévenu à titre précaire* » ; puis v. surtout Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n° 48 : après un rappel formel de la règle de principe, refus de sanctionner le non-respect par la prévenue d'une obligation contractuelle d'affecter précisément les fonds remis, car cette personne « *était devenue propriétaire des fonds prêtés* » ; Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 194 : dans une situation similaire, le prévenu refusant de rembourser une somme prêtée, nouvelle énonciation du principe en vertu duquel « *l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire* », puis confirmation logique de l'arrêt d'appel qui a considéré qu'il n'y avait pas abus de confiance en l'espèce. – Pour une vision critique du fondement de ces solutions, v. V. MALABAT, *Rev. pénit.*, 2007, p. 907 et s. ; à propos d'une évolution souhaitable de ces solutions, principalement au regard de la fiducie, v. *infra*, n°s 593 et s.

détournement avant le partage d'un bien indivis par l'un des coïndivisaires²⁹. La solution peut paraître surprenante, l'indivision instaurant une identité de droits entre les coïndivisaires, et offrant même à un indivisaire seul le droit conditionné de disposer des fonds de celle-ci³⁰. En réalité, elle s'explique à la lumière de l'association des règles de l'indivision et du droit pénal.

184 Le régime de l'indivision s'organise autour d'un statut légal de base ou d'un contrat³¹ : chaque indivisaire se voit ainsi reconnaître des droits limités, permettant la conservation – voire, maintenant, la gestion – des biens indivis, mais en considération constante de l'existence potentielle d'une propriété d'autrui. Au cours de l'indivision, la règle de principe demeure donc celle de l'unanimité, chaque décision grave, c'est-à-dire chaque acte de propriétaire, devant obtenir un consentement unanime³² ; l'indivision apparaît alors comme une sorte de propriété collective ou, peut-être désormais, de personne morale³³, chacun des indivisaires n'étant que le simple détenteur précaire de biens appartenant provisoirement à l'indivision. A la fin de celle-ci, c'est-à-dire après le partage, les biens sont répartis entre les coïndivisaires, la répartition créant autant de droits de propriété que de biens. Ainsi, l'indivisaire qui a disposé d'un bien sans l'accord des autres a, durant l'indivision, porté atteinte à la propriété de la personne morale et, en considération du partage, porté atteinte au droit de propriété d'un autre indivisaire. Il importe alors peu que le bien lui soit finalement alloué, l'effet déclaratif du partage ne pouvant recevoir application en droit pénal, pour lequel seul compte le moment de la commission de l'infraction³⁴. Lors du détournement, l'indivisaire n'avait que cette qualité, équivalente à celle d'un simple détenteur précaire, mais pas à celle d'un propriétaire.

185 Tant pour l'indivision, que pour toute autre situation dans laquelle un propriétaire et un détenteur précaire sont confrontés, se pose alors un autre problème : la propriété d'un bien incorporel est certes possible³⁵, mais celui-ci peut-il être, à la fois, approprié par une personne et détenu par une autre ? La configuration que suppose invariablement l'abus de confiance

²⁹ Cass. crim., 7 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 265 : le détournement porte sur des sommes qui ont été versées par des débiteurs à l'indivisaire, pour le compte de l'indivision.

³⁰ Art. 815-2, al. 2, C. civ.

³¹ Art. 815 et s. C. civ.

³² Art. 815-3, al. 7, C. civ. : « [...] le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis [...] ».

³³ La personnification de l'indivision a été renforcée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 « portant réforme des successions et des libéralités », la majorité des indivisaires pouvant désormais administrer les biens indivis : en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 351, p. 518 et s.

³⁴ V., par ex., Cass. crim., 20 mars 1973, *Bull. crim.*, n° 139.

³⁵ V. *supra*, n°s 123 et s.

rend nécessaire, en effet, l'interrogation sur la possibilité de la détention d'une chose immatérielle.

186 LA DETENTION D'UN BIEN INCORPOREL. – Les biens incorporels, souvent considérés exclusivement comme des droits, ne seraient susceptibles que de faire l'objet d'une jouissance. L'article 2255 du Code civil précise, en ce sens, que « *la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons [...]* », distinguant clairement détention d'une chose, et jouissance d'un droit. Toutefois, avec l'apparition de biens incorporels autres que les droits, il ne semble plus vraiment concevable de se limiter à cette analyse³⁶.

187 Dans le Code civil, en effet, la détention n'est envisagée que comme une possession pour autrui : l'article 2255 s'achève sur la possibilité d'une telle possession – « [...] *par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* » –, l'article 2266 assimilant clairement possession pour autrui et détention précaire³⁷. La détention constitue donc toujours le *corpus* d'une possession, qui s'additionne généralement à l'*animus domini*, lorsque propriété et possession coïncident. Cependant, si propriétaire et détenteur diffèrent, comme c'est le cas lorsqu'il y a possession pour autrui, ce n'est pas parce que le *corpus* est exercé par l'un et l'*animus* par l'autre. C'est, en réalité, parce qu'il existe alors deux *corporis* et deux *animi*³⁸ : le détenteur possède, c'est-à-dire qu'il fait des actes de maître sur la chose – exerçant ainsi le *corpus* –, mais il a conscience de la précarité de son droit, son *animus* étant subordonné ; il est un possesseur précaire. Le propriétaire possède également, ayant, d'un côté, un *corpus* matériel qui s'exerce par le biais du détenteur – il possède *corpore alieno* – et, de l'autre, un *corpus* juridique qui lui permet, par exemple, d'exiger le paiement des loyers, lorsqu'il est bailleur. Mais, à cela, s'ajoute cette fois l'*animus domini*, qui rend sa possession pleinement effective.

188 De cela, il ressort que le *corpus* d'une possession, c'est-à-dire sa détention, ne s'entend pas nécessairement d'un acte matériel³⁹. Pour qu'il y ait détention, il faut simplement une maîtrise

³⁶ Voir T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 168.

³⁷ « *Ceux qui possèdent pour autrui [...]. Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire [...]* ».

³⁸ Pour un arrêt illustrant parfaitement cette coexistence et ses conflits inhérents, v., à propos d'une antichrèse-bail, Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, *Bull. civ.* III, n° 261 ; *RTD civ.*, 2003, p. 319, obs. T. REVET ; *D.*, 2003, juris. p. 963, note P. DELEBECQUE.

³⁹ Un *corpus* juridique permet également d'expliquer les pouvoirs du créancier gagiste titulaire d'un gage sans dépossession : il peut aller jusqu'à se faire attribuer le gage en application de l'article 2078 du Code civil (abrogé par l'ordonnance n° 2006-346, du 23 mars 2006) : v., par ex., Cass. com., 3 oct. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 381. S'il n'est pas le maître absolu de la chose, il exerce une maîtrise effective immédiatement, et absolue en latence. –

effective et immédiate de la chose : « avoir le corpus, c'est exploiter les utilités de la chose »⁴⁰, ce qui implique certes une appréhension, mais pas nécessairement une préhension⁴¹. Par conséquent, il est tout autant possible d'être le maître d'un fonds de commerce, par exemple, que d'être celui des marchandises qui le composent. La détention, comme la possession, s'accommode de l'immatérialité de son objet.

189 La propriété et la détention pouvant donc, toutes deux, s'exercer sur un bien incorporel, il ne reste qu'à savoir si la dématérialisation de la remise a effectivement eu lieu.

b. L'adaptabilité de la remise

190 LA REVELATION DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA REMISE. – La prise en compte pénale des biens incorporels a, au moins dans le cadre de l'incrimination d'abus de confiance, poussé à l'interrogation sur la notion de remise. En démontrant, en effet, que l'infraction pouvait être constituée alors que la remise avait pris la forme d'une communication (β), d'une mise à disposition (γ), voire d'une abstention (δ), le juge pénal a consacré la variabilité de la remise (α).

α . La variabilité de la remise

191 L'INCONSTANCE DE LA REMISE, MALGRE SON IMPORTANCE. – La remise a vocation à s'adapter à son objet : si, pour un bien corporel, elle constitue presque toujours un transfert de détention matérielle, elle ne peut, concernant un bien incorporel, se formaliser en un déplacement physique de la chose, à moins que cette dernière s'inscrive dans un support qui la représente. Sous l'empire du Code pénal de 1810, le juge a fait de la représentation matérielle, fiction pratique et essentiellement probatoire⁴², la condition même de l'ouverture de l'infraction à l'immatériel, limitant ainsi la remise à un acte matériel et, corrélativement, à un objet corporel. L'argument principal de cette restriction résidait alors dans le caractère

Sur cette détention qualifiée par un auteur, sans doute trop largement, de « pouvoir », v. F. ALT-MAES, « Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention », *in Rev. sc. crim.*, 1986, p. 33 et s.

⁴⁰ T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 168.

⁴¹ V. par ex. F. DERRIDA, « La dématérialisation du droit de rétention », *in Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177 et s. « Pour retenir, il faut tenir », dit-on généralement. – V. aussi *infra*, n^{os} 243 et s.

⁴² V. *infra*, n^{os} 401 et s.

exclusivement corporel des biens décrits dans le texte d'incrimination. Cependant, le Code pénal de 1992, en remplaçant les listes de l'article 408 par les notions de l'article 314-1, a ouvert le champ d'application de l'infraction et, par là même, offert au juge le pouvoir d'éprouver les nouveaux concepts, par la détermination de leur contenu.

192 Avant 1994, date d'entrée en vigueur du Code pénal nouveau, le juge pénal ne s'intéressait généralement pas à la remise, considérant préférentiellement l'objet du détournement et ce dernier comportement. Pourtant, dès 1811, date d'entrée en vigueur du Code pénal de 1810, apparaît la nécessité de la remise, la chose détournée étant toujours, préalablement, un objet qui a été confié⁴³. C'est, par exemple, en considération du seul détournement que la Cour de cassation a décidé, sous la positivité de l'ancien texte, que ce comportement n'était « *pénalement punissable [...] que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique* »⁴⁴. Outre l'exclusion patente d'une prise en compte explicite de la propriété immatérielle, la solution montre bien que nul ne s'était, en l'espèce, véritablement interrogé sur la remise.

193 En effet, dans le cas de figure présenté par l'arrêt, au moyen de l'*instrumentum*, soit le contrat, c'est bien en réalité le *negotium* qui a été remis, c'est-à-dire sa substance juridique. S'ajoute à cela que la perte de la détention de l'*instrumentum*, consécutive à la restitution probable du support contractuel par le prévenu, ne signifie pas que ce dernier a, corrélativement, perdu celle du *negotium*, une simple photocopie suffisant, par exemple, à le conserver. De même, selon un autre cas de figure envisageable à la lecture de la décision, rien ne s'opposerait à ce que le *negotium* soit remis sans l'*instrumentum*, notamment par le biais d'un enseignement, à condition cependant que celui-ci soit assorti d'une clause de réserve, et qu'il soit, par la suite, détourné⁴⁵. Il paraît, effectivement, étrange d'exiger, pour constituer la remise, puis le détournement, que l'auteur ait utilisé un support identique à celui qui lui a été confié, alors que le préjudice ne peut résulter que de la reproduction et de l'utilisation de son contenu. La question de la remise aurait donc, à l'époque, mérité quelques développements, d'autant que le juge a déjà su protéger une relation née d'une remise sans

⁴³ V., par ex., W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, « Abus de confiance ». L'auteur intitule en effet son I. A. : « *Chose détournée, objet de la remise* ».

⁴⁴ Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP G.*, 1988, II, 20913, note J. DEVEZE. En l'espèce, l'ancien directeur d'une succursale d'une société a, après avoir suscité la résiliation de contrats souscrits auprès de cette dernière par de nombreux clients, fourni à ceux-ci des prestations identiques à celles prévues par lesdits contrats. Poursuivi pour abus de confiance par son ancien employeur, il est finalement relaxé car il n'a pas, selon la Cour de cassation, détourné d'écrits « *constatant* » les contrats.

⁴⁵ *Contra*, J. DEVEZE, *ibidem*.

tradition manuelle, en considération de la particularité de la mise en œuvre de certains contrats spéciaux.

194 Ainsi, selon la Cour de cassation, il y a détournement lorsque le vendeur d'un bien qui en diffère la livraison, accomplit un acte de propriétaire sur celui-ci, par exemple en le vendant à un tiers. Il y a, en effet, déjà eu transfert de propriété lors de l'échange des consentements, et le vendeur n'a plus, désormais, qu'un droit précaire sur la chose, en vertu d'un contrat de dépôt – garder le bien – et d'un contrat de mandat – le livrer⁴⁶. La remise ne prend alors, ici, que la forme d'une abstention de l'acheteur de saisir matériellement la chose dès le transfert de propriété, et d'une manifestation volontaire et contractuelle de confiance envers le vendeur-détenteur précaire⁴⁷ : « *il suffit [...] que la chose, se trouvant dans le principe, entre les mains du prévenu, à un autre titre que l'un de ceux prévus à l'article 408, lui ait été laissée, plus tard, à l'un des titres prévus* »⁴⁸. Importante, la remise n'en est donc pas moins inconstante, pouvant prendre la forme d'une abstention, à condition qu'elle reste volontaire. Il paraît même possible, en un certain sens, de percevoir en cette solution l'aveu de la variabilité de la remise, qui ne serait, en définitive, qu'un moyen comme un autre de mettre en place la situation permettant la commission de l'infraction.

195 LES DIFFERENTES FIGURES DE LA REMISE D'UN BIEN INCORPOREL. – La considération pénale des biens incorporels, après avoir été le déterminant d'une interrogation très contemporaine sur la fonction de la remise dans l'abus de confiance et, par là même, l'artisan principal du constat de son importance⁴⁹, renforce cette conclusion. Constituant un fait juridique tourné vers ses effets, la remise s'avère pour le moins adaptable à n'importe quelle forme d'objet. C'est pourquoi elle peut, selon les biens en cause, prendre la forme d'une communication, d'une mise à disposition, voire d'une abstention volontaire.

⁴⁶ Cass. crim., 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 197 : en l'espèce, le vendeur vend de nouveau le bien à un tiers, donc le détourne.

⁴⁷ R. GARRAUD, puis A. VITU, qualifient cette remise de « juridique » : v. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, Sirey, 1935 (3^{ème} éd.), n° 2627, p. 522 ; A. VITU, *op. cit.*, t. II, n° 2377, p. 1940-1941.

⁴⁸ R. GARRAUD, *ibid.* Nous soulignons.

⁴⁹ Il suffit de constater l'orientation des notes consacrées aux dernières décisions de la Chambre criminelle en matière de biens incorporels : v., par ex., B. DE LAMY, *D.*, 2005, juris. p. 411 ; V. MALABAT, *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 ; R. OTTENHOF, *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 852.

β. La communication

196 L'ADAPTATION DE LA REMISE : LA REMISE-COMMUNICATION. – La remise peut, tout d'abord, prendre la forme d'une communication, c'est-à-dire d'une mise en commun volontaire⁵⁰. Dans l'arrêt fondateur de la prise en compte par le droit pénal des biens incorporels, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné le détournement d'un numéro de carte de crédit⁵¹. Celui-ci avait été communiqué par une cliente au PDG d'une société, par le biais d'une autorisation de prélèvement, afin de s'acquitter d'une commande unique. Or, ce dernier l'avait utilisé de nouveau pour obtenir la contrepartie financière d'une autre commande, que la cliente n'avait pas acceptée. Dans cette décision, la remise n'entraîne pas de dessaisissement du remettant, qui peut donc continuer à disposer de son bien de la manière la plus absolue⁵². Le numéro ne prend, en effet, la forme que d'un écrit, plus précisément celle d'un code informatif et confidentiel, son utilisation par le bénéficiaire de la remise n'empêchant pas celle, même concomitante, du propriétaire. A première vue spécifique, la décision est pourtant classique. Le simple dessaisissement, au profit d'un tiers, d'un bien corporel par son propriétaire, ne paralyse pas le pouvoir de ce dernier sur le bien. Propriétaire, il reste le seul maître des actes les plus graves sur la chose, pouvant par exemple vendre un bien dont il a, au préalable, confié la détention précaire à un tiers. Seul maître, il n'en est pourtant plus tout à fait le titulaire absolu, devant logiquement assumer ce qu'il a concédé sur la chose : il ne peut, ainsi, retrouver que de manière conditionnelle, donc indépendante de sa seule volonté, la jouissance matérielle d'un bien qu'il a assujéti à un bail.

197 En l'occurrence, malgré l'absence de réelle dépossession, la remise du bien incorporel ne déroge pas à ces règles : le propriétaire du numéro de carte de crédit peut continuer à user de sa chose dans la limite de l'approvisionnement de son compte, ou de son droit à découvert. Concomitamment, il en a consenti un usage limité à un tiers, qui pourra alors l'utiliser pour débiter du compte la somme due. Si ce tiers ne respecte pas l'assiette de son droit précaire, il commet, comme en l'espèce, un détournement. Mais si le propriétaire, de son côté, ne

⁵⁰ *Communicare* signifie « mettre en commun » ; « mettre en commun » signifie que celui qui communique ne perd pas, en raison de et par cette communication, ses droits sur la chose ; il les partage.

⁵¹ Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338; *supra*, n°s 142-143. – Comp. CA Toulouse, 25 nov. 1999, *JurisData* n° 104647 ; *CJAMP*, 2000-3, n° 5680, p. 525 : le salarié qui fait un usage privé du numéro et du code secret d'une carte « Pastel » que lui a remis son employeur, afin qu'il en fasse un usage strictement professionnel, commet un abus de confiance. Cet usage privé ayant, en l'espèce, pris la forme de la communication du numéro et du code à la sœur du salarié, cette dernière commet un recel en l'utilisant et en permettant à un tiers d'en bénéficier.

⁵² V. MALABAT, *op. cit.*, p. 241.

respecte pas l'usage qu'il a concédé à un autre, en n'envoyant pas, par exemple, l'autorisation de prélèvement à son banquier, ce sera cette fois à lui d'en répondre. La notion de remise n'est donc pas déformée par son adaptation à un objet incorporel⁵³.

198 Elle l'est d'autant moins que la solution ainsi rendue a vocation à se reproduire aisément. Par exemple, ce n'est ni à raison de l'objet incorporel, ni à raison de la forme de la remise que ce dernier impliquait, – une communication également –, que la Cour de cassation a refusé de confirmer la solution d'une cour d'appel qui avait sanctionné le détournement d'un diplôme⁵⁴. En l'espèce, en effet, une société de formation d'enseignants de la route avait engagé une personne titulaire d'un diplôme de psychologue, afin de pouvoir organiser des stages de sensibilisation à la sécurité routière et de récupération de points de permis de conduire, cette activité étant tributaire d'un agrément préfectoral subordonné à l'emploi d'au moins une personne disposant d'un tel diplôme. Or, la société avait produit, sans requérir l'autorisation de son employé, le diplôme de ce dernier, non seulement, pour mettre en place les stages dans le département initialement prévu, mais également, pour se faire agréer de leur organisation dans d'autres départements. Elle avait donc, selon la Cour d'appel, commis un « *détournement de la destination du diplôme universitaire* ». Finalement, la Chambre criminelle a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel, celle-ci n'ayant pas recherché, « *d'une part, si l'usage du diplôme impliquait la volonté par son détenteur de le détourner ou de se comporter comme son propriétaire et, d'autre part, si le délit avait été commis pour le compte de la société, par l'un de ses organes ou représentants* ». Se prononçant de la sorte, la Cour de cassation n'a donc rejeté ni l'existence de la physionomie du délit, ni la consistance incorporelle de son objet.

γ. La mise à disposition

199 L'EVOLUTION DE LA REMISE : LA REMISE-FOURNITURE. – Dans un arrêt important du 19 mai 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné le détournement, par un salarié, de l'ordinateur et de la connexion Internet « *que son employeur avait mis à sa disposition, pour les besoins de son activité professionnelle* »⁵⁵. Le salarié avait, en effet, utilisé la connexion pour acquérir des photos érotiques et pornographiques, puis l'ordinateur

⁵³ Dans le même sens, v. V. MALABAT, *op. cit.*, p. 242.

⁵⁴ Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, inédit, pourvoi n° 07-84839.

⁵⁵ *Bull. crim.*, n° 126.

pour les stocker, détournant à la fois un bien incorporel et un bien corporel. La connexion Internet constituant une prestation de service, la remise a pris, en l'espèce, la forme de sa fourniture.

200 Il faut d'abord noter que, à travers cette décision, la Cour distingue, au regard de leur objet, les notions certes antonymes de remise et de soustraction, mais pourtant souvent mises sur le même plan quant à leur degré de matérialité⁵⁶. Alors qu'on ne saurait, selon la Chambre criminelle, soustraire une communication téléphonique⁵⁷, il serait possible, à l'inverse, de remettre une connexion Internet. Souveraine, cette interprétation hétérogène de la Cour de cassation doit s'imposer. Cependant, l'évolution de la notion de remise laisse peut-être simplement présager de celle de la notion de soustraction. En tous les cas, l'apport de l'arrêt doit, pour le moment, être envisagé intrinsèquement.

201 Le législateur de 1992 a distingué remise d'un bien et fourniture d'un service, incriminant spécialement cette dernière au sein de l'article 313-1 du Code pénal, qui réprime l'escroquerie. Conséquemment, soit la fourniture n'est pas une remise, la solution de la Cour se posant ainsi comme contestable, soit la fourniture est la seule remise adaptée à la particularité du bien-service, ce qu'il est, en l'occurrence, nécessaire d'admettre, puisque le service est, selon la Cour, un bien. En effet, la connexion Internet a été, au même titre que l'ordinateur, « mise à la disposition »⁵⁸ du salarié par l'employeur, « pour les besoins de son activité professionnelle ». Dès lors, il y a bien eu une remise offrant un droit encadré au salarié, sur un bien restant à la disposition de l'employeur. En fournissant à son salarié une connexion Internet, l'employeur ne s'est certainement pas départi de la propriété de son bien, mais seulement d'une partie de son usage, celle qui était nécessaire à l'accomplissement, par le salarié, de son travail⁵⁹. Il reste donc maître de sa chose, pouvant à tout moment, par exemple, en confier l'usage à un autre salarié, voire la détruire en résiliant le contrat passé avec son fournisseur d'accès. Il y a, alors, assurément eu remise, et la seule véritable interrogation restante réside en la personne même du remettant.

202 Fournie par l'employeur, la connexion est installée par un professionnel qui, seul, met véritablement matériellement en détention l'employeur, puis son salarié. Le service ne devient

⁵⁶ V. *supra*, n^{os} 168-170.

⁵⁷ Cass. crim., 12 déc. 1990, *Bull. crim.*, n^o 430.

⁵⁸ Voir N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », *RTD civ.*, 1981, p. 300 et s.

⁵⁹ V. MALABAT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « cette limitation des droits d'autrui sur le bien incorporel montre en effet que le légitime propriétaire ou possesseur de ce bien n'entend pas renoncer à ses droits et n'entend effectuer qu'une remise précaire de ce même bien ».

effectivement un bien qu'à ce moment précis. Mais une fois installée, la connexion est à l'usage exclusif de l'employeur, qui choisit alors d'en concéder un usage au salarié, opérant une remise qui sera, seule, prise en compte par le droit pénal. De plus, même si le professionnel installe une connexion immédiatement disponible pour le salarié, l'infraction joue d'autant, car la jurisprudence a déjà admis, à de nombreuses reprises, que la remise soit effectuée par le biais d'un tiers⁶⁰. C'est, en effet, l'employeur qui a accompli les démarches pour mettre le bien à disposition de son salarié. Il ne reste qu'à ajouter que le caractère intermittent de la remise, le salarié n'ayant alors la détention du bien que durant son travail, est certainement de nature à faciliter la répression. La localisation de l'infraction dans l'espace et dans le temps, de même que sa preuve, sont nécessairement, en raison de la situation ainsi mise en place, rendues plus aisées⁶¹.

δ. L'abstention volontaire ou remise intellectuelle

203 L'EFFACEMENT DE LA REMISE : LA REMISE PAR ABSTENTION. – Dans un arrêt du 22 septembre 2004⁶², la Chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné le détournement d'un projet de borne informatique par le salarié qui était chargé de sa mise au point, et dont le contrat de travail comportait une clause d'exclusivité. Le projet établi par le salarié, bien incorporel, était en effet devenu, « *dès sa réalisation, [...] propriété de son employeur* ». Or, c'est contre la volonté de ce dernier que le salarié, alors simple détenteur précaire du bien, a outrepassé ses prérogatives en proposant sa création à un client, pour le compte d'une autre société avec laquelle il était entré en contact. En agissant de la sorte, il a disposé du projet comme d'un bien propre, commettant, au sens de l'article 314-1 du Code pénal, un détournement.

204 L'audace de cette décision réside, avant tout, dans le mode original d'acquisition du bien, dont découle un transfert de propriété immédiat, qui va nécessairement remodeler l'abus de confiance. En effet, c'est sur le fondement du droit commun que la Cour de cassation protège un bien acquis par création, mécanisme usuel dans le droit spécial de la propriété

⁶⁰ Cass. crim., 13 avr. 1971, *Bull. crim.*, n° 155 : commet un abus de confiance le mandataire qui détourne les choses qui lui sont remises par des tiers avec lesquels il entre en relation pour l'exécution du contrat. – V. aussi Cass. crim., 4 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 146 ; Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 90 : commet un abus de confiance l'employée d'un expert-comptable qui détourne des chèques établis par des clients du cabinet à l'ordre du Trésor public.

⁶¹ Sur ces points, v. *infra*, n°s 425 et s.

⁶² Préc.

intellectuelle, mais qui semble devenir, ainsi, un mode d'acquisition originaire général⁶³. En l'espèce, le salarié crée un projet de borne informatique de gestion de station d'épuration, pour le compte d'un employeur qui détient, sur son travail, une exclusivité. De la sorte, conformément aux règles classiques, tant du droit des biens que du droit des contrats, le projet est, dès son existence en tant que bien, approprié, en l'occurrence par l'employeur⁶⁴.

205 Toutefois, l'on pourrait légitimement s'attendre à ce que joue une autre règle traditionnelle, moins connue cependant, attribuant au seul créateur, en l'espèce au salarié, le fruit de son travail : *Is quid fecit*⁶⁵. Mais ce principe, bien que pleinement applicable, ne fait alors que s'insérer dans le cadre contractuel du conflit, qui unit le salarié à son employeur et attribue, à ce dernier, l'exclusivité de tout ce que produit ce premier. Par conséquent, c'est en toute logique que l'employeur, contractuellement locataire de la force de travail de son salarié fait, notamment en vertu de l'article 549 du Code civil, les fruits de celle-ci siens. Or, précisément, « *les produits du travail ne sont jamais que les fruits de la force de travail* »⁶⁶. Sur cette base, la clause d'exclusivité se contente, finalement, d'éclairer la nature de son droit sur ces fruits : c'est une véritable propriété, dès la réalisation du bien, c'est-à-dire dès son existence. Le salarié garde la détention matérielle du projet sur lequel il n'a, alors, plus qu'un droit précaire. En faisant, malgré tout, un acte de disposition sur le bien, il outrepassa sa détention précaire et, corrélativement, porte atteinte à la propriété de l'employeur : en aval, il est certain que l'abus de confiance est réalisé⁶⁷. Mais encore faut-il, pour cela, être sûr qu'en amont, il y a bien eu remise.

206 Selon un auteur, « *la remise ne portait pas sur ce projet, qui a été élaboré par le salarié, mais sur les moyens mis à sa disposition pour ce travail* »⁶⁸. Le salarié a, en effet, élaboré le projet avec les moyens mis à sa disposition par son employeur, seules choses ayant, *a priori*, fait l'objet d'une remise matérielle, de la main de l'employeur à celle du salarié. Cependant, ce constat même mérite d'être précisé, puisqu'une part notable de cette remise était constituée des « *conseils techniques de M. Y., chef du secteur bornes monétiques au sein de cette*

⁶³ T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 166 : « *la décision revient donc à consacrer la création [...] comme un nouveau mode d'acquérir, mode originaire général qu'il convient, dès lors, d'ajouter à la liste des articles 711 et 712 du Code civil (complétée de longue date de l'occupation)* ». – V. *infra*, n° 642.

⁶⁴ Dans le même sens, T. REVET, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁵ Voir S. BECQUET, *Le bien industriel*, coll. Bibl. dr. privé, t. 448, LGDJ, 2005, n°s 101 et s., p. 237 et s.

⁶⁶ T. REVET, *ibidem*. – Adde T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992, n°s 240 et s., p. 257 et s. et n°s 507 et s., p. 555 et s.

⁶⁷ En ce sens, B. DE LAMY pour qui « *a, sans doute, été déterminant pour les Hauts magistrats le fait que le salarié ait accepté une mission et violé la confiance de son employeur en détournant un projet dont il n'était que le détenteur, ce qui correspond bien au comportement incriminé* », *D.*, 2005, juris. p. 414.

⁶⁸ B. DE LAMY, *ibid.*

société ». Les remises ont donc été, au moins en partie, intellectuelles et, quoi qu'il en soit, tant le texte que l'esprit de l'article 314-1 du Code pénal sont clairs sur ce point : l'objet du détournement est celui de la remise⁶⁹.

207 Partant de cela, s'il y a détournement du projet, c'est, nécessairement, parce qu'il y a eu remise préalable de ce même bien. Ainsi, « *l'acte de remise [...] devient évanescent* »⁷⁰, voire fictif, la fiction résultant de ce que « *le transfert de possession n'est pas nécessaire puisque le salarié est créateur : elle ne découle donc que du souci d'éviter la réalisation d'opérations dont on peut se passer, à savoir la délivrance suivie immédiatement d'une remise* »⁷¹. La création s'est opérée, juridiquement, au profit de l'employeur mais, matériellement, entre les mains du salarié. En perpétuant cette détention malgré le transfert de propriété, l'employeur a clairement marqué sa volonté de confier à son salarié la simple détention précaire de son bien. C'est donc, en définitive, en s'abstenant de priver ce dernier de cette détention, qu'il a généré intellectuellement une remise. Plus précisément, la volonté de l'employeur a habilité juridiquement la situation matérielle qui a résulté de la création.

208 Cette décision, qui n'est pas inédite⁷², éclaire, plus que toute autre, la nature de la remise. Comme tout fait juridique, celle-ci n'est qu'un événement qui engendre un effet de droit, l'important résidant avant tout dans l'instauration d'une situation précise. En comparaison, la possession peut générer la propriété par le mécanisme de l'usucapion⁷³. Pour autant, elle ne représente qu'un moyen parmi d'autres de l'acquérir⁷⁴, et elle constitue, principalement, un simple moyen de la prouver. Indépendamment de cette relation servile, sa prise en compte par le droit a donc peu d'intérêt⁷⁵. Selon un raisonnement similaire, la remise est le moyen le plus courant d'instaurer une relation complexe se caractérisant par la détention d'un bien par un non-proprétaire. Cela n'empêche que, si cette relation s'établit sans qu'il y ait eu remise, le fait s'efface nécessairement devant l'effet, qui seul compte, car il est, en réalité, seul protégé par l'incrimination.

⁶⁹ V. *supra*, n° 177 ; *infra*, n°s 217-218.

⁷⁰ B. DE LAMY, *ibid.*

⁷¹ T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 168.

⁷² V. *supra*, n° 194.

⁷³ Art. 2258 C. civ.

⁷⁴ V. art. 711 et 712 C. civ.

⁷⁵ Sauf si l'on considère l'existence des actions possessoires. Mais, en faisant du TGI à la fois le juge du pétitoire et du possessoire, on a certainement milité pour le caractère servile de la possession : v., par ex., Y. STRICKLER, « La mort des actions possessoires », in *Mélanges P. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 823 et s.

209 Ce qui est notoire, en l'espèce, est ainsi la volonté certaine du propriétaire d'en laisser la détention précaire au salarié. Conséquemment, il y a bien eu, en quelque sorte, remise par abstention. Parfois, en effet, « *ne pas agir cause tout autant que son contraire* »⁷⁶. Un propriétaire qui a le pouvoir constant de retirer la détention de son bien à celui qui l'exerce et qui n'agit pas, choisit délibérément de ne pas l'exercer personnellement, ce d'autant plus lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, un contrat précise le sort du bien, sans empêcher le propriétaire d'agir. Une fois le projet créé, l'employeur aurait parfaitement pu s'en emparer matériellement, or il a choisi de ne pas le faire. Il n'en a pas, pour autant, renoncé à sa propriété, la renonciation à un droit devant être sans équivoque⁷⁷. Dès lors, le salarié qui a agi également sans équivoque en propriétaire, a bien détourné un droit dont il n'était pas pourvu ; en se constituant partie civile, le véritable propriétaire a, de toute évidence, entendu le rester.

210 La remise paraissant apte, du numéro de carte de crédit au projet, à recevoir les biens incorporels, il faut, désormais, procéder à l'examen du détournement. Avant cela, il est cependant nécessaire de compléter l'examen de la dématérialisation de la remise par l'étude de la soumission à l'immatériel de son versant involontaire.

2. L'importance de la cause : la remise involontaire d'un bien incorporel

211 UNE REMISE PROVOQUEE. – Les infractions contre la propriété partageant un objet commun⁷⁸, celui de la remise volontaire représente, *a priori*, le même que celui de la remise involontaire, ce dernier pouvant donc également être incorporel, et justifiant alors la dématérialisation de celle-ci. Toutefois, l'importance jouée par la volonté qui, parfois, constitue le seul caractère de la remise en matière d'abus de confiance, facilite la prise en compte, par cette incrimination précisément, de l'immatériel. En contraste, la portée de la dématérialisation de la remise involontaire apparaît nécessairement moindre, puisqu'elle ne semble pouvoir, par définition, être volonté et, *a fortiori*, n'être que volonté. De plus, cette remise particulière consomme l'infraction, l'extériorisation déterminante du comportement délictueux résidant, de surcroît, dans ce comportement précis. Dès lors, d'un côté, il paraît inutile, du moins en ce qui concerne l'objet et sa dématérialisation, de s'interroger sur le

⁷⁶ D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon III, 1993, p. 7.

⁷⁷ V., par ex., Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1991, *Bull. civ. III*, n° 115 : « *La renonciation à un droit ne se déduit pas de la seule inaction de son titulaire et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* ».

⁷⁸ V. *supra*, n° 19.

comportement infractionnel de l'auteur. Celui-ci se situe, en effet, en amont de la prise de l'objet, n'étant donc pas matériellement lié avec ce dernier. Plus prosaïquement, il n'entre pratiquement jamais en contact avec lui, du moins pas de façon déterminante. D'un autre côté, la remise involontaire objective alors l'illicéité, sa caractérisation précise étant ainsi essentielle, et rendant, par là même, la dématérialisation plus difficile à envisager. Pour résumer, il importe peu de savoir, par exemple en matière d'escroquerie, si les manœuvres frauduleuses qu'elle suppose parfois sont susceptibles d'être immatérielles ; seule importe, en réalité, la possible constitution d'une remise dématérialisée.

212 En un sens, cependant, il faut reconnaître que la remise est volontaire : la volonté de la victime, que cela soit dans une extorsion, dans un chantage ou dans une escroquerie, est bien tendue vers la remise d'un bien à l'auteur. Toutefois, ce n'est pas véritablement ce qui importe car, par pragmatisme, c'est l'extériorisation de cette volonté que le droit prend généralement en compte⁷⁹, principalement lorsqu'elle prend la forme d'un contrat. Or, tout contrat nécessite un consentement, c'est-à-dire la rencontre de deux volontés éclairées et libres, indispensable, s'agirait-il même de prendre en compte une libéralité. Partant, une volonté qui n'est pas libre ne peut fonder un acte juridique. Mais elle peut parfaitement, à l'inverse, en raison de la gravité de l'atteinte portée à la liberté, consommer une infraction. La seule différence entre la remise de l'extorsion, du chantage et de l'escroquerie, et celle de l'abus de confiance réside donc dans leur cause : alors que celle-ci est toujours libre, celle-là est provoquée par la violence ou par le dol, soit par un vice grave du consentement. En conséquence, cette spécificité ne devrait jouer aucun rôle dans la matérialité de l'infraction, ce que le Code pénal atteste finalement en posant une identité d'objet de l'abus de confiance, de l'extorsion, du chantage et de l'escroquerie⁸⁰.

213 Paradoxalement, cette cause délictueuse provoque même une ouverture plus large de ces dernières incriminations à l'immatériel. En effet, pour celles-ci, le comportement sanctionné se situe en amont de la remise, pouvant même se réaliser indépendamment de cette dernière : leur tentative est réprimée⁸¹, et les exigences du juge concernant l'identification de l'objet et, notamment, sa matérialité, sont moindres que pour les autres infractions. L'escroquerie, surtout, représente, au sein des infractions contre la propriété, la plus évolutive. L'article 405

⁷⁹ En ce sens, J. CARBONNIER, *Les obligations*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 22^{ème} éd. refondue, 2000), n° 947, p. 1974 : « l'essence de la volonté importe [...] moins au droit que son extériorisation. C'est que les phénomènes psychiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l'homme ».

⁸⁰ V. art. 314-1, 312-1, 312-10 et 313-1 C. pén.

⁸¹ Art. 312-9 C. pén. pour l'extorsion, art. 312-12 pour le chantage et art. 313-3 pour l'escroquerie.

du Code pénal de 1810 servait déjà de fondement à la répression de l'escroquerie dite « à la TVA », consistant en la remise d'une simple écriture scripturale⁸², de l'escroquerie dite « au jugement », qui consiste en l'obtention d'un jugement favorable⁸³, et de l'escroquerie au service⁸⁴. De même, le juge pénal sanctionnait expressément et directement, car sans passer par l'artifice du support, la remise d'un *negotium*, en reconnaissant dans la conclusion d'un contrat provoquée par des manoeuvres frauduleuses, la caractérisation d'une escroquerie⁸⁵. Enfin, il n'a pas hésité non plus à qualifier la remise d'une seule obligation d'escroquerie, afin d'en caractériser par la suite le recel⁸⁶. La nouvelle définition de l'incrimination, telle qu'issue du Code pénal de 1992, pérennise ces solutions et consacre la dématérialisation de la remise.

214 LES FORMES DEMATERIALISEES DE LA REMISE PROVOQUEE. – En vertu de l'article 313-1 du Code pénal, « *l'escroquerie est le fait [...] de tromper une personne [...] et de la déterminer [...] à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ». La remise peut donc n'être qu'une opération comptable sans support matériel, lorsqu'elle porte sur des valeurs scripturales, consister en la fourniture d'un service, par exemple l'obtention frauduleuse d'une connexion Internet⁸⁷, voire se concrétiser par un simple consentement, vicié par le dol, mais véritable remise, puisqu'il provoque soit un engagement positif, soit une renonciation ; la remise est, légalement, dématérialisée.

215 La présence, au sein du texte d'incrimination, de précisions sur de nouvelles formes de remise n'est alors pas une nécessité technique, ce que la jurisprudence antérieure au Code de 1992 a bien démontré. Elle est, en réalité, la prise en compte de l'évolution nécessaire de l'escroquerie, par la concrétisation textuelle d'une jurisprudence établie. Dès lors, la remise ne se distingue pas de la fourniture et du consentement. Au contraire, elle les englobe, le législateur posant, par là même, une directive d'interprétation de la notion de remise, suivie

⁸² V. Cass. crim., 19 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 353. – La solution est la même sur le fondement de l'article 313-1 du Code pénal : v., par ex., Cass. crim., 8 nov. 2006, *Bull. crim.*, n° 280.

⁸³ Cass. crim., 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 106. – Sur le fondement de l'art. 313-1 C. pén., v. Cass. crim., 30 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 178.

⁸⁴ Cass. crim., 13 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 435. – L'article 313-1 du Code pénal pose, dès le texte, la possibilité de ce type d'escroquerie. Pour une application, v. par ex. CA Montpellier, 13 mai 1998, *JurisData* n° 034538 : obtention de la publication d'un avis d'obsèques.

⁸⁵ Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 234.

⁸⁶ Cass. crim., 18 janv. 1988, *Bull. crim.*, n° 22 : « *Qu'en effet en matière de recel d'escroquerie il n'importe que le prix des parts cédées n'ait pas été payé, dès lors que la remise, élément de l'escroquerie, n'a pas porté sur des fonds, mais sur l'obligation souscrite par la victime de payer le prix des parts au cédant, laquelle constituait par elle-même un élément d'actif dont le patrimoine du prévenu s'était enrichi* ».

⁸⁷ TGI Paris, 16 déc. 1997 ; *Gaz. Pal.*, 29-30 juill. 1998, somm. p. 433, obs. C. ROJINSKY.

notamment par le juge pénal en matière d'abus de confiance. Cette dématérialisation consacre la prise en compte, par le droit pénal, de la dématérialisation des objets de propriété, de même que l'unité fondamentale de la notion de remise.

216 UNE SOUSTRACTION INTELLECTUELLE. – Une remise viciée et provoquée peut s'analyser, intellectuellement, comme une soustraction. Dès lors, la forme matérielle de soustraction qui constitue le vol s'inscrit dans une famille d'incriminations aptes à prendre en compte la dématérialisation des objets de propriété. Il faut donc s'interroger sur la possibilité de la dématérialisation de la soustraction entendue en tant que telle par le Code pénal. Avant cela, il est cependant nécessaire de vérifier, seulement en ce qui concerne l'abus de confiance, que le comportement qui le constitue proprement, le détournement, soit lui aussi susceptible de s'appliquer aux biens incorporels.

B. Le détournement de biens incorporels

217 L'IDENTITE D'OBJET ENTRE REMISE ET DETOURNEMENT. – On ne peut détourner que ce qui a été préalablement remis ; l'objet du détournement est donc le même que celui de la remise et, s'il est possible de remettre un bien incorporel, il faut nécessairement envisager qu'il puisse être détourné.

218 Un arrêt ancien, généralement présenté comme posant la nécessité de la remise⁸⁸, démontre surtout la nécessité d'une identité d'objet entre remise et détournement. La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait, en effet, refusé de sanctionner la vente, par un fermier, de la paille et du fumier provenant de son exploitation, alors qu'il s'était engagé, dans le bail, à les utiliser pour régénérer et bonifier les terres louées. En l'espèce, le bail ne pouvait porter que sur la terre, qui seule existait lors de sa conclusion. Or, les actes litigieux concernaient des fruits de la terre, propriété du locataire en vertu de l'article 549 du Code civil. Ce qui avait été remis n'avait donc pas été détourné, de même que ce qui aurait été détourné n'aurait pas pu l'être, puisque cela n'avait jamais été remis par le propriétaire. L'identité d'objet étant, ainsi, une condition logiquement sanctionnée en matière d'abus de

⁸⁸ Cass. crim., 17 août 1843 ; S., 1844, 1, p. 82. Voir R. GARRAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. VITU, *op. cit.*, t. II, n° 2377, p. 1941 ; W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n° 45, p. 8 ; J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2004, n° 36, p. 98. – V. également Cass. crim., 11 mai 1934, *Bull. crim.*, n° 95.

confiance, la fuite de la matérialité du bien implique, après avoir étudié la dématérialisation de la remise, de s'interroger sur celle du détournement.

219 LE DETOURNEMENT DE LA PROPRIÉTÉ. – La notion de détournement est présente dans différents textes d'incrimination, que cela soit littéralement⁸⁹ ou par déduction simple⁹⁰, son objet ayant pour caractère quasiment invariable d'être, à l'origine, celui d'un droit réel. C'est certainement en considération de ce constat, que le sens premier retenu par le *Vocabulaire Capitant* présente le détournement comme celui de la propriété⁹¹ ; et c'est seulement par extension de ce premier sens, que le mot a pu désigner, par la suite, le détournement d'une personne⁹² ou, plus exactement, celui de sa liberté pour un majeur capable⁹³ ou de l'autorité dont il relève pour un incapable⁹⁴. De même, c'est parfois concomitamment au détournement d'un bien que s'opère le détournement d'une personne, que celle-ci soit contenue dans le bien, par exemple en cas de détournement d'un moyen de transport à bord duquel des personnes ont pris place, ou qu'elle remette un bien alors qu'elle est dans un état d'ignorance ou de faiblesse. C'est pourquoi ces deux incriminations, à l'origine contenues dans le livre III du Code pénal de 1992 consacré aux biens, ont désormais leur place au sein de son livre II, consacré aux personnes⁹⁵.

220 « Détourner » est un dérivé de « tourner », dont l'origine latine *tornare* signifie « façonner au tour » ; il puise également son sens dans le latin *distrāhere*, pouvant se traduire, notamment, par : « *distrāire, tirer en sens divers* »⁹⁶. Primitivement, il se définit comme « *éloigner, écarter quelqu'un ou quelque chose de sa direction, de son trajet, et lui imprimer une autre*

⁸⁹ Outre l'art. 314-1 C. pén., v., par ex., l'art. 314-5 C. pén. concernant le détournement de gage ou d'objet saisi ; l'art. 432-9 C. pén. qui punit le détournement de correspondance par une personne dépositaire de l'autorité publique ; l'art. 412, 5°, du Code des douanes sur le détournement des marchandises non prohibées de leur destination privilégiée, et l'art. 427, 5° et 6°, pour les marchandises prohibées ; l'art. 436 du Code de justice militaire concernant le détournement des armes, munitions, véhicules, deniers, effets et autres objets remis pour le service ou à l'occasion du service ; l'art. L. 523-13 C. com. sur le détournement par un emprunteur ou un dépositaire du gage de son créancier, l'art. L. 525-19 C. com., pour le détournement de biens nantis, l'art. L. 654-2, 2°, C. com. concernant la banqueroute et les art. L. 654-10 et L. 654-14 C. com. pour des infractions connexes à la banqueroute.

⁹⁰ L'exemple notoire est celui de l'abus de biens sociaux : v. *supra*, n° 88 et s.

⁹¹ 1° Détournement, 1° : « *Fait, pour un détenteur précaire, de ne pas restituer le bien qui lui avait été confié [...]* ».

⁹² *Ibidem*, 2° : « *Fait de soustraire une personne ou une chose au contrôle légitime d'un tiers* ».

⁹³ V. art. 224-1 et s. C. pén.

⁹⁴ V. art. 227-1 et s. C. pén.

⁹⁵ Le détournement de moyen de transport à bord duquel des personnes ont pris place, avant d'être réprimé par l'article 224-6 du Code pénal, l'était par l'article 462 du Code pénal de 1810, au sein des « infractions contre les propriétés » ; l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, avant d'être sanctionné par l'article 223-15-2 du Code pénal, l'était par l'article 313-4 du même Code, abrogé par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001.

⁹⁶ R. GARRAUD, *op. cit.*, t. VI, n° 2618, p. 498.

direction »⁹⁷. Cette définition peut s'illustrer par au moins un texte d'incrimination : l'abus de biens sociaux, en précisant qu'il est un usage que les dirigeants d'une société « *savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles* »⁹⁸, pose parfaitement ce qu'est un détournement dans le cadre d'un contrat de société. Le dirigeant va, en l'occurrence, éloigner le bien du chemin tracé pour lui par son propriétaire, la société, afin de lui faire suivre un nouveau chemin, le sien, comme s'il en était le propriétaire légitime. Il va donc détourner le bien de l'intérêt social pour lui faire suivre son intérêt propre. La notion de détournement est, ainsi, parfaitement adaptée à la propriété. Le propriétaire est le maître exclusif et absolu de sa chose. Seul, il peut en faire tous les usages et, s'il choisit d'en autoriser un usage à un tiers, il en reste le maître de principe, cet usage étant donc limité à ce qui a été concédé. En sortant de ce chemin préalablement et temporairement tracé, l'usager commet un détournement. Le détournement est donc avant tout un usage contraire à la volonté du propriétaire : « *détourner, c'est affecter l'objet confié à une destination autre que celle prévue lors de la remise* »⁹⁹, c'est-à-dire celle qui a été voulue par le propriétaire. Or, la propriété est « *comme la liberté, un pouvoir de vouloir et surtout un pouvoir de vouloir juridiquement* »¹⁰⁰.

221 LE DETOURNEMENT DE LA PROPRIETE DEMATERIALISEE. – S'interroger sur la possibilité d'une dématérialisation du détournement conduit à éprouver, avant tout, ce qui l'objective, c'est-à-dire que cela suppose d'étudier la possibilité de l'usage dématérialisé d'une chose. S'il peut alors paraître trop imprécis de se contenter de concevoir le détournement comme un « usage », il ne faut pas oublier que celui-ci se présente, la plupart du temps, comme un acte univoque dont l'intention est souvent déduite. La jurisprudence précise, ainsi, que l'abus de confiance se caractérise par tout acte frauduleux qui empêche la victime d'exercer ses droits sur la chose¹⁰¹. Par conséquent, tout agissement susceptible d'être fait par un propriétaire peut constituer un abus de confiance, du plus grave d'entre eux, l'acte de disposition, au plus anodin, l'acte de simple administration¹⁰². Exceptées les situations dans lesquelles l'auteur commet un acte de disposition, qui provoque automatiquement le détournement par dissipation, c'est l'affectation donnée au bien par le propriétaire qui sera le référent impliquant que l'usage soit analysé comme un détournement.

⁹⁷ *Dictionnaire de l'Académie Française*, V° Détournement.

⁹⁸ V. par ex., pour les SARL, art. L. 241-3 C. com.

⁹⁹ A. VITU, *op. cit.*, t. II, n° 2397, p. 1955.

¹⁰⁰ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 317.

¹⁰¹ Cass. crim. 15 mai 1968, *Bull. crim.*, n° 155.

¹⁰² *Comp. supra*, n°s 98 et s., pour l'usage de l'abus de biens sociaux.

- 222** L'article 544 du Code civil pose que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, [...]* ». En contrepoint parfait, le détournement est le fait, sans droit, de jouir ou disposer d'une chose, plus précisément de la chose d'autrui. De la sorte, si l'acte du propriétaire peut se dématérialiser, rien ne s'oppose à ce que, parallèlement, l'acte de l'imposteur le puisse tout autant.
- 223** L'article 544 a été, plus encore que l'ensemble des incriminations qui protègent la propriété, déterminé principalement en considération de choses corporelles. Toutefois, il a démontré sa parfaite adaptabilité aux objets sans corps. On peut, en effet, user d'un bien incorporel, c'est-à-dire l'utiliser sans qu'il ne se détruise, et en tirer une utilité en soi, indépendamment de sa production ou de son exploitation. Il est tout autant possible d'en tirer les fruits, c'est-à-dire d'en percevoir les revenus périodiques qui n'altèrent pas sa substance, de même qu'il est réalisable d'en disposer, au sens restreint, en le vendant, en le donnant ou en le détruisant. La propriété d'un bien incorporel garde donc toute son absoluité de principe ; c'est pourquoi la plupart des contrats spéciaux sont concevables sur de tels biens : un contrat de location, par exemple, qui permet d'en concéder l'usage et la jouissance¹⁰³, mais aussi un contrat de dépôt¹⁰⁴, un contrat de gage¹⁰⁵ ou un contrat de prêt à usage¹⁰⁶, qui transfèrent une garde affectée de la chose, ou encore une donation¹⁰⁷ et un contrat de vente¹⁰⁸, qui en transfèrent la propriété. Ainsi, hormis ces derniers contrats, encore que cela se discute¹⁰⁹, tous ces cadres peuvent techniquement offrir l'occasion à une personne d'abuser de l'usage d'un bien incorporel qui lui a été conditionnellement confié, c'est-à-dire de commettre un détournement. Notion à l'origine conçue avant tout pour les biens corporels, le détournement, en exploitant toute sa potentialité sémantique, s'est donc dématérialisé.
- 224** Cependant, encore faut-il préciser qu'à la lumière des solutions récentes, notamment de la facilité pour le juge pénal à caractériser le détournement d'un bien incorporel, il n'est en définitive pas certain que celui-ci ait nécessité, en soi, une véritable dématérialisation. En effet, même s'il n'apparaît que récemment comme adapté aux objets immatériels, il y est, en réalité, adaptable depuis sa détermination, au même titre que l'est la propriété, ou encore la remise. D'ailleurs, comme le précise un auteur, « *le détournement constitutif de l'abus de*

¹⁰³ Par ex. Cass. com., 15 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 60.

¹⁰⁴ Par ex. Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *infra*, n°s 351-352.

¹⁰⁵ Par ex. Cass. com., 23 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; Cass. com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 267.

¹⁰⁶ Par ex. Cass. com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 62.

¹⁰⁷ Par ex. Cass. com., 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 156.

¹⁰⁸ Par ex. Cass. soc., 24 oct. 2006, *Bull. civ.* V, n° 316.

¹⁰⁹ V. *infra*, n°s 600 et s.

confiance, par opposition à l'acte de soustraction constitutif du vol, est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel »¹¹⁰, ce qui facilite certainement son adaptation aux choses abstraites. L'immatériel n'a donc conduit, en ce domaine comme dans d'autres, qu'à révéler la potentialité de la notion de détournement et, corrélativement, a ainsi permis de mieux la comprendre. Il reste que, pratiquement, en raison du lien étroit entretenu entre l'acte et son objet, la dématérialisation de celui-ci a bien provoqué celle, globale, de l'élément matériel, et a eu de véritables répercussions sur la matérialité du comportement incriminé.

225 Remise et détournement pouvant donc se dématérialiser de concert, il est désormais possible de s'intéresser à l'éventuelle application de la soustraction aux biens incorporels.

§ 2. La dématérialisation de la soustraction

226 LA RECHERCHE D'UNE VERITABLE SOUSTRACTION INTELLECTUELLE. – Les formes connues de dématérialisation d'un comportement pris en compte par le droit pénal, tant jurisprudentielles que légales, ne paraissent pas toujours découler de l'immatérialité de leur objet. Exemple notoire, la soustraction dite « juridique » a un temps, sous l'influence d'Emile Garçon, fait de la possession un objet de soustraction alternatif à celui de la soustraction classique, la chose, ce dernier type d'atteinte restant seul qualifié, par opposition, de « matériel ». La dématérialisation de la soustraction était, en application de cette théorie, incontestable¹¹¹, de même que l'ouverture corrélatrice de l'incrimination de vol à de nouveaux objets, incorporels ou immobiliers : c'est qu'on peut, en effet, posséder un immeuble¹¹², et une possession est toujours, en soi, un fait juridique intangible. Cependant, le fondement de cette évolution était discutable.

227 Procédant, de l'aveu même d'Emile Garçon, d'une confusion avec la *contractatio* romaine¹¹³ – qui ne se justifie plus après l'adoption de la règle de la légalité des incriminations –, la soustraction juridique a conduit, notamment, à la seule fin de pallier les insuffisances de l'ancienne définition de l'abus de confiance, à faire de l'intention de la victime un élément

¹¹⁰ R. VOUIN, *op. cit.*, n° 66, p. 76.

¹¹¹ En ce sens, v. par ex. R. GASSIN, « La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », *Mélanges J. Le Bret*, PUF, 1968, p. 86, n° 3 ; P. CONTE, *op. cit.*, n° 520, p. 302.

¹¹² Voir E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901-1906, art. 379, n° 222, p. 1137.

¹¹³ E. GARÇON, *op. cit.*, art. 379, n° 9, p. 1116.

constitutif du vol¹¹⁴. Or, c'était oublier, d'une part, que l'infraction doit être constituée seulement chez son auteur et, d'autre part, que la règle *nemo auditur* ne connaît pas d'application en droit pénal et, plus largement, dans le domaine des faits juridiques¹¹⁵. Mais surtout, cette dématérialisation de la soustraction ne se posait, à aucun moment, comme la conséquence de celle de son objet : elle avait été déterminée par le juge à des fins de pénalisation, douteuse en cela, puisque seul le législateur est compétent pour assurer une telle fonction, par nature attentatoire aux libertés individuelles¹¹⁶. De surcroît, cette pénalisation était clairement ciblée, la Cour de cassation refusant de tirer toutes les conséquences de la théorie qu'elle venait d'adopter, en n'offrant pas aux immeubles une protection pourtant techniquement envisageable. C'est donc sur un fondement tronqué que la soustraction s'ouvrait aux biens incorporels. Cette dématérialisation politique ne pouvait, alors, justement fonder la protection, par le vol, des choses immatérielles.

228 Afin de savoir s'il est concevable de soustraire un bien incorporel, il faut donc, dans un premier temps, bien comprendre la notion de soustraction (**A**). Cela permet alors, dans un deuxième temps, de percevoir, à la fois, la signification et l'importance de la notion de soustraction matérielle (**B**), puis, dans un dernier temps, de fonder, sur des bases plus logiques, la théorisation d'une notion intellectuelle de soustraction, apte à s'appliquer aux choses abstraites (**C**).

A. La notion de soustraction

229 LA SPECIFICITE DE LA NOTION DE SOUSTRACTION, APPORT DE LA MODERNITE. – Soustraire a pour origine le latin *subtrahere*, qui signifie « retirer » ou « tirer par-dessous ». La soustraction frauduleuse qui constitue le vol est, en vertu de ce sens premier, une « *manœuvre par laquelle un individu enlève un objet quelconque à son légitime propriétaire, contre le gré de celui-ci* », ce qui veut dire que « *le vol implique toujours [...] une voie de fait sur la chose* »¹¹⁷. La jurisprudence a, tout d'abord, confirmé cette analyse étymologique, en posant

¹¹⁴ V. le titre évocateur d'une chronique de P.-A. PAGEAUD : « L'intention de la victime comme critère de la notion de soustraction en matière de vol », in *JCP*, 1955, I, 1256.

¹¹⁵ Voir P. LE TOURNEAU, *La règle "Nemo auditur"*, coll. Bibl. dr. privé, t. 108, LGDJ, 1970.

¹¹⁶ Voir O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 43, LGDJ, 2008.

¹¹⁷ R. GARRAUD, *op. cit.*, t. VI, n° 2372, p. 104. Nous soulignons.

dans un arrêt notoire que « *pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir* »¹¹⁸. Cependant, cette interprétation caractéristique de la soustraction, puisqu'elle la démarque, par exemple, du détournement, n'est déjà qu'un aboutissement, un fruit de la modernité.

230 En effet, « soustraction » constitue, également, l'une des traductions les plus pertinentes du latin « *contrectatio* »¹¹⁹, qui désigne l'acte matériel du *furtum* : « *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia [...]* »¹²⁰. Or, le *furtum* représente, en droit romain, toute atteinte indifférenciée contre la propriété¹²¹. Dans l'ancien droit, par continuité avec cette acception originaire, si le vol se définit, déjà, comme « *toute soustraction et enlèvement frauduleux du bien d'autrui, dans le dessein de se l'approprier, ou de s'en servir, sans le consentement de celui à qui il appartient* »¹²², il continue, en réalité, d'englober toutes les atteintes contre la propriété, quelle que soit leur figure juridique¹²³. Réunissant donc toutes les infractions contre la propriété, dont l'abus de confiance et l'escroquerie, le vol et, partant, la soustraction, n'acquiert pas encore de réelle spécificité¹²⁴.

231 Pourtant, les auteurs de l'ancien droit décèlent déjà l'insuffisance de leur traduction. Jousse remarque, par exemple, que « *dans le nombre de ces vols, on ne doit comprendre que les vols proprement dits, et non ceux qu'on n'appelle de ce nom qu'improprement, comme quand le depositaire convertit à d'autres usages la chose qui lui a été donnée en dépôt* »¹²⁵. Dans la

¹¹⁸ Cass. crim., 18 nov. 1837, *Bull. crim.*, n° 405.

¹¹⁹ *Contra*, P.-A. MERLIN, in *Répertoire Guyot*, V^{as} Nature et caractère du vol, 1785 : « *Il faut, pour qu'il y ait vol, non pas une soustraction, un enlèvement (car ce n'est pas là ce que veut dire contrectatio), mais un maniement, seul terme de notre langue qui réponde à l'expression latine des jurisconsultes romains* ».

¹²⁰ « [...] *vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* » : PAUL, *Digeste*, 47, 2, 1, 3.

¹²¹ De même qu'en droit canonique : « *L'on comprend sous le nom de vol en général toute usurpation qui se fait du bien d'autrui (Omnis illicita usurpatio rei alienae), sans distinguer celles qui sont faites sur des meubles ou des immeubles, sans distinguer non plus celles qui se font secrètement, ou à force ouverte* », selon M. MUYART DE VOUGLANS, in *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, 1780, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. I, III, p. 251-252.

¹²² D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, 1771, t. IV, titre LVII, « Du vol », art. I, n° 1, p. 166. – V., dans un sens proche, M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, II, p. 249 : « *le vol est défini par les lois, une soustraction ou abus frauduleux que l'on fait de la chose d'autrui, en se l'appropriant contre son gré ; ou même en le privant de l'usage et de la possession qui lui en appartient, pour en faire son profit particulier, contre la prohibition du droit des gens* ». V. aussi III, p. 249 : « *pour que le vol puisse former un crime, il faut [...] qu'il y ait une soustraction ou enlèvement, contrectatio* ».

¹²³ Voir D. JOUSSE, *op. cit.*, t. IV, titre LVII, « Du vol », art. II, « Diverses espèces de vols simples », n°s 14 et s., p. 172 et s. Par exemple, commet un vol celui qui commet une escroquerie : v. ainsi n° 18, p. 174 « *celui qui va recevoir la dette d'une autre personne, et de la part du créancier, se disant avoir procuration de lui, ou être son commis, ou serviteur, avec dessein de garder l'argent, commet aussi un vol* ». – V. également, M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. I, X, p. 255.

¹²⁴ En ce sens, C. SAMET, *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du Parlement de Paris au cours du XVIII^e siècle*, Travaux et recherches de l'Université de Paris, PUF, 1989, p. 46 et s. ; G. AUBY, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 10, LGDJ, 1971, p. 105.

¹²⁵ *Op. cit.*, t. IV, titre LVII, « Du vol », art. I, n° 13, p. 172. Nous soulignons.

même veine, il précise que « *suivant la Constitution Caroline, celui qui abuse de la chose dont l'usage lui a été confié, et de même, celui qui sciemment et frauduleusement dispose du bien d'un autre dont la garde lui a été confiée, commet une action qui doit être punie ainsi qu'un vol* »¹²⁶. Enfin, il ajoute que « *comme ces sortes de délits empruntent avec eux un abus de confiance [...], on les punit sévèrement* »¹²⁷.

232 MUYART DE VOUGLANS assimile lui aussi *contractatio* et soustraction, mais il précise que « *le vol ne se commet [...] pas seulement par la soustraction ; mais encore par l'abus que l'on [fait] de la chose d'autrui, en le privant de l'usage et de la possession qui en appartiendrait* ». Puis, il donne comme exemple « *le dépositaire qui se servirait de la chose déposée entre ses mains* »¹²⁸, « *vol qui ne consiste [...] point principalement en voie[s] de fait* »¹²⁹. Enfin, il conclut sa présentation « *des vols faits par escroquerie ou filouterie* » par ce constat : « *les uns et les autres doivent [...] être punis plus rigoureusement que les voleurs ordinaires, à cause de la trahison et de l'abus de confiance dont ces sortes de vols se trouvent accompagnés* »¹³⁰.

233 Les arrêts rendus au XVIII^e siècle dans le ressort du Parlement de Paris, notamment, puis la consécration du principe de légalité par la loi des 25 septembre et 6 octobre 1791¹³¹, conforteront et préciseront cette intuition doctrinale : la soustraction du vol n'est pas la *contractatio* ; elle n'en représente, en réalité, que la forme la plus courante. Au sein de la *contractatio* qui constitue le *furtum*, coexistent donc, parmi d'autres actes moins notoires, la soustraction, le détournement et la tromperie, l'effectivité moderne de cette distinction permettant de répondre d'un impératif de sécurité juridique, corrélatif à la soumission des juges à la loi : la précision de cette dernière¹³². Elle permet, également, de donner à la notion de soustraction une véritable spécificité qui constitue la justification de son existence autonome¹³³.

¹²⁶ *Op. cit.*, t. IV, titre LVII, «Du vol», art. III, «Du vol commis par dépositaires, gardiens, mandataires, voituriers et receveurs», § II, «Du vol d'usage», n° 27, p. 178 (nous soulignons). Il ajoute, au n° 28, p. 178, que « *le larcin d'usage n'est pas regardé comme un véritable vol, et ne se punit pas comme le larcin de possession, qui est le vrai larcin* ».

¹²⁷ *Op. cit.*, t. IV, titre LVII, «Du vol», art. III, § III, «Des vols faits par gens d'affaires, comme intendants, receveurs et autres administrateurs qui sont à nos gages», n° 30, p. 179.

¹²⁸ M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, VI, p. 250.

¹²⁹ M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. I, X, p. 255.

¹³⁰ M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. II, § I, art. III, I, p. 261. Nous soulignons.

¹³¹ Voir C. SAMET, *op. cit.*, p. 19.

¹³² V. *supra*, n°s 18, 27 et 112.

¹³³ En ce sens, et corrélativement, C. SAMET, *op. cit.*, p. 42 : « *Par-delà ces rares références que la doctrine a pu faire autour des notions d'abus et de tromperie, il est permis de supposer qu'elle se fait l'écho d'un besoin* ».

234 L'EVOLUTION DE LA NOTION SPECIALE DE SOUSTRACTION, RESURGENCE DE L'ANCIEN. –

C'est, pourtant, en considération de cette mauvaise traduction qu'Emile Garçon définit la soustraction comme « *la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur* ». Pour lui, elle est « *l'usurpation, invito domino, de la véritable possession dans ses deux éléments simultanés et concomitants du corpus et de l'animus* »¹³⁴, car « *l'article 379 [du Code pénal de 1810] reproduit la définition romaine ; le mot soustraction est la simple traduction de l'expression latine contrectatio* »¹³⁵. L'auteur occulte donc la spécificité de la notion de soustraction, en rétablissant son sens le plus large, capable d'inclure, notamment, l'abus de confiance et l'escroquerie. Ainsi, il ne fait de lui-même, dans son ouvrage, aucune référence à l'autonomie légale de l'abus de confiance, et préfère étendre l'incrimination de vol à une situation pourtant criminologiquement plus proche de l'abus de confiance. Selon lui, en effet, « *la remise de la détention matérielle n'est pas exclusive de la soustraction* »¹³⁶, formule bientôt consacrée par la Cour de cassation¹³⁷ qui contribue, par là même, à l'effacement de la spécificité des notions de remise et de soustraction.

235 Bien que longtemps positive, cette solution ne s'appliquera certainement plus sur le fondement du Code pénal de 1992, son article 314-1, qui incrimine l'abus de confiance, étant désormais suffisamment large et clair pour sanctionner toute remise d'un bien, fût-elle seulement celle de la « *détention matérielle* »¹³⁸.

236 La soustraction telle que définie par Emile Garçon, généralement qualifiée, par opposition à son acception purement matérielle, de « *juridique* », se dématérialise certainement : elle est si large qu'elle peut, non seulement, s'appliquer à des biens préalablement remis, mais aussi et surtout, à des biens incorporels¹³⁹. Cependant, le fondement de cette dématérialisation est

juridique nouveau pour qualifier l'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui que constituent des dépousses sans véritable soustraction ».

¹³⁴ *Op. cit.*, art. 379, n° 47, p. 1120.

¹³⁵ *Ibidem*, n° 9, p. 1116 : « Rien n'indique que le législateur du Code pénal ait voulu rompre avec la notion traditionnelle du vol. Tout semble prouver au contraire qu'il a entendu la conserver [...]. Cela est si vrai que nos anciens criminalistes, qui écrivaient en français, l'employaient déjà, tout en maintenant au vol son extension romaine. Cette traduction est infidèle, parce que contrectatio n'a pas de correspondant exact dans notre langue ; mais en cherchant on n'en trouvera pas de meilleure et de plus exacte. Le sens du texte est ainsi fixé par l'histoire : la soustraction, c'est la contrectatio du droit romain et de notre Ancien droit ».

¹³⁶ *Ibid.*, n° 180, p. 1133 et n° 214, p. 1137.

¹³⁷ Cass. crim., 5 mars 1941, *Bull. crim.*, n° 13. Plus récemment, v. Cass. crim., 8 févr. 1993, préc.

¹³⁸ En ce sens, W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1à 311-16, fasc. 20, « Vol », n° 60, p. 12 ; J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 100, p. 88. – *Contra*, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n° 89, p. 114-117.

¹³⁹ En ce sens, R. GASSIN, *op. cit.*, *loc. cit.* ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 507 ; F. DEBOVE, « Information mal acquise ne

doublement tronqué. En premier lieu, il porte une violation patente au principe de légalité, qu'il soit perçu dans sa justification formelle, notamment dans la volonté légale de séparer clairement les infractions et, plus particulièrement, le vol de l'abus de confiance et de l'escroquerie, ou qu'il le soit en considération, plus matérielle, des impératifs européens. La notion se dématérialise, en effet, parce qu'elle englobe tout, n'étant ainsi ni claire, ni précise. Le juge pénal hésite entre les qualifications, retenant parfois le vol, alors qu'il s'agit certainement d'une escroquerie¹⁴⁰, ou d'un abus de confiance¹⁴¹. Parallèlement, certaines solutions « *traduisent un attachement à la notion de soustraction matérielle* »¹⁴², c'est-à-dire à la rigueur du texte de loi. La cohabitation de ces interprétations divergentes conduit alors à une imprévisibilité, au moins relative, de la norme pénale. En second lieu, c'est, dans cette conception, la dématérialisation de l'acte qui implique celle de la chose ; elle ne se justifie donc pas par la dématérialisation de la chose, mais provoque, au contraire, celle de tous ses objets, effaçant des distinctions effectives et nécessaires entre ces derniers. Ainsi, selon cette théorie, le vol est celui de la possession, or on peut posséder un immeuble, un droit ou encore un état.

237 Par conséquent, il semble opportun, d'abord, de retenir une notion de soustraction matérielle plus rigoureuse pour, ensuite, en concevoir la dématérialisation, celle-ci devant s'opérer par adaptation de la soustraction au caractère abstrait de son objet.

B. L'importance de la notion matérielle

238 UNE NOTION MATÉRIELLE : UNE PREHENSION INSTANTANÉE. – Matériellement, la soustraction provoque, à l'instar de la remise, une dépossession. Cet effet ne suffit donc pas à la caractériser. Par contre, la soustraction conserve pour particularité d'être un acte positif de

profite jamais », *Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24, p. 4 et s. ; P. CONTE, *op. cit.*, n° 520, p. 302 et n° 528, p. 306-307 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, coll. HyperCours, Dalloz, 2007 (3^{ème} éd.), n° 716, p. 380-381. – *Contra*, E. GARÇON lui-même, *op. cit.*, art. 379, n° 42, p. 1119 : « *Dans la conception juridique actuelle, la possession, manifestation et extériorisation d'un droit, existant ou supposé, s'applique à tous les droits ; on les possède en les exerçant. [...] Mais ici, où nous nous occupons spécialement de la possession mobilière et du vol, il faut en revenir à une notion plus archaïque. Par possession, nous entendons la possessio rei à l'exclusion de la possessio juris* ». V. aussi, dans le même sens, n° 234, p. 1138 et n° 257, p. 1141 ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 89, p. 116.

¹⁴⁰ V., par ex., Cass. crim., 9 mars 1983, préc.

¹⁴¹ V., par ex., au sein d'une jurisprudence très fournie, Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336 : sanction, sur le fondement du vol, du comptable qui photocopie, à des fins personnelles, des documents appartenant à l'association pour laquelle il travaille, profitant (abusant) de l'accès que lui en offrait l'exercice de ses fonctions.

¹⁴² P. CONTE, *op. cit.*, n° 523, p. 304.

l'auteur, qui s'empare de la chose contre le gré de son propriétaire. En agissant de la sorte, le voleur n'obtient alors qu'une emprise matérielle sur la chose : il la tient entre ses mains, n'exerçant juridiquement qu'une détention sans droit. L'auteur n'usurpe donc pas complètement la possession ; il en obtient le seul *corpus* sans l'accord du propriétaire¹⁴³. C'est dire que la matérialité semble inhérente à la notion de soustraction : soustraire, c'est avant tout *prendre*, parfois par force ou par ruse, c'est-à-dire *enlever*, parfois par violence, c'est-à-dire *ravir*¹⁴⁴, toujours afin de tenir, et généralement afin de garder.

239 L'acte de soustraction se caractérise également par son instantanéité : c'est un acte prompt et éphémère, dont ne subsistent, en somme, que les effets¹⁴⁵. L'essence de sa violence réside d'ailleurs, avant tout, dans ce caractère. Pourtant, la durée de son effet le plus immédiat, c'est-à-dire la détention de la chose par le voleur, efface trop souvent cette dernière particularité, et met en avant la matérialité de l'effet, plutôt que celle de l'acte. Certains auteurs ont, ainsi, pu oublier, malgré ou, peut-être, en raison de la vélocité de la soustraction, que celle-ci consomme le vol en un trait de temps. Ils ont, en effet, reconnu l'existence autonome d'un vol dit « d'usage », consistant en la soustraction bientôt suivie de la restitution d'un bien, l'hypothèse d'école étant l'emprunt de voiture¹⁴⁶. En réalité, ce n'est jamais l'usage qui est volé, mais bien la chose seule, puisque seul compte le moment de la commission de l'infraction, c'est-à-dire celui de la soustraction¹⁴⁷. Or, à cet instant, il y a bien préhension consciente et volontaire du bien d'autrui, peu important finalement que l'intention de restituer soit antérieure ou déterminante de l'acte, ou qu'elle naisse d'un repentir postérieur : « *Si on prend une chose à l'insu de son propriétaire, on se comporte nécessairement comme le maître de cette chose* »¹⁴⁸ et on a, sauf preuve contraire, immédiatement conscience de l'illégalité de son acte, donc on commet un vol. L'acte de préhension de la chose d'autrui est alors, additionné à la présence de cette dernière, le seul constituant matériel de l'infraction.

¹⁴³ En ce sens, P. CORLAY, « Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol », *JCP G.*, 1984, I, 3160, n^{os} 27 et s.

¹⁴⁴ Comp. Cass. crim., 18 nov. 1837, préc.

¹⁴⁵ Il faudrait peut-être, plus justement, parler d'aptitude à l'instantanéité : certains vols s'inscrivent dans le temps, par exemple lorsque le voleur perce un coffre afin de s'emparer de ce qu'il contient.

¹⁴⁶ V., par ex., Cass. crim., 19 févr. 1959, *Bull. crim.*, n^o 123 ; *D.*, 1959, juris. p. 331, note G. ROUJOU DE BOUBEE. – Le droit suisse réprime spécialement le vol d'usage, qu'il caractérise essentiellement comme un emprunt de véhicule : v. art. 94 de la Loi fédérale du 19 déc. 1958 sur la circulation routière, *in RS*, 741.01. V. aussi, pour un bateau, *RS*, 747.201.

¹⁴⁷ En ce sens, P. CORLAY, *op. cit.*, n^o 13 et n^o 25 ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n^o 79, p. 104.

¹⁴⁸ W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n^o 24, p. 6. Nous soulignons.

- 240 UNE NOTION ECLAIRÉE PAR L'INTENTION : UNE PRÉHENSION VOLONTAIRE.** – De ce seul fait ne se déduit pas, parfaitement, l'intention de l'auteur. Prendre par erreur¹⁴⁹, par exemple, ou encore reprendre son propre bien¹⁵⁰, ce n'est pas commettre un vol. La soustraction ne constitue le vol que si elle se commet volontairement, et par conscience de l'appartenance de la chose à quelqu'un d'autre.
- 241** Cette intention ne fait, cependant, qu'éclairer un acte en soi déjà équivoque par son aspect positif : l'acte est explicitement dirigé contre quelqu'un ; on ne peut, en effet, soustraire par abstention. L'intérêt de l'intention semble résider, ainsi, dans ce qu'elle apparaît susceptible de révéler. L'atteinte positive à la propriété d'autrui par la soustraction matérielle du bien de celui-ci est, certes, incontestablement un vol, mais ce n'est pas la seule atteinte positive et volontaire envisageable contre le bien d'autrui. Priver une personne de l'une quelconque des utilités de son bien sans son accord et sans que, préalablement, ces utilités aient été confiées à celui qui prive, c'est, en un sens, déjà le soustraire. La conscience et la volonté d'un tel acte révèlent, effectivement, un comportement inapproprié de maître de la chose. Dès lors, il paraît envisageable, au regard de l'intention, d'étendre la soustraction en dehors d'une matérialité absolue se limitant à la préhension du bien dans son entier. Par là même, rien ne semble s'opposer, alors, à ce que le bien appréhendé soit incorporel, ce caractère ne le rendant pas juridiquement insaisissable par un autre que son propriétaire¹⁵¹.
- 242** Par conséquent, si la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui qui constitue, originairement, la préhension instantanée, consciente et volontaire du bien d'autrui contre son gré, s'oppose ce que soit prise en compte, sous la qualification de vol, la remise du bien par autrui qui, volontaire ou provoquée, s'opère toujours selon le gré du propriétaire, absolument rien, dans cette définition, n'empêche d'envisager sa dématérialisation.

C. La possibilité d'une notion intellectuelle

- 243 UNE NOTION INTELLECTUELLE : UNE APPREHENSION¹⁵².** – Pour savoir si le vol peut protéger une chose incorporelle, il ne faut donc s'interroger que sur la possibilité, pour l'auteur, de la

¹⁴⁹ V., par ex., Cass. crim., 23 oct. 1958, *Bull. crim.*, n° 650.

¹⁵⁰ V., par ex. Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165.

¹⁵¹ V. *supra*, n°s 184-186.

¹⁵² V. Cass. crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 13 : « [...] en prenant des photocopies des documents en cause à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la

prendre, et non sur celle de la tenir. L'infraction n'est consommée que par l'acte de soustraction et, à défaut de n'examiner que ce dernier, l'on confond le comportement, qui importe dès ce stade, et son effet, qui n'a d'influence, en principe, qu'au stade de la fixation de la peine et de la détermination de la réparation. Cependant, la vérification de la similarité des effets des différentes soustractions est susceptible, en revanche, de consolider la thèse d'une possible et complète dématérialisation du vol.

244 Prendre un bien incorporel apparaît impossible : ce qui n'est pas matière ne peut être touché et, corrélativement, ne peut être saisi. C'est, à première vue, la position du législateur de 1992, puisque celui-ci a, par exemple, choisi d'assimiler au vol la soustraction frauduleuse d'énergie¹⁵³. L'argument est toutefois discutable car, d'une part, l'énergie ne représente pas vraiment un bien immatériel¹⁵⁴ et, d'autre part, la nouvelle incrimination implique, assez contradictoirement d'ailleurs, que si le vol est impossible sur une telle chose, sa soustraction n'en reste pas moins concevable. Plus pertinemment, un bien incorporel peut être approprié, ce qui démontre, déjà, la volonté du propriétaire d'en exclure les tiers et, par là même, une possibilité d'intrusion de ces derniers dans la relation instaurée. Cette ingérence peut prendre la forme d'un détournement ou d'une tromperie, un tel bien pouvant donc être remis et, partant, transmis. Or, si cette transmission peut être matérielle, s'opérant par le biais d'un support, elle est parfois purement intellectuelle, prenant alors la forme d'une communication, d'une fourniture, voire d'une abstention. Par conséquent, l'examen de la dématérialisation de la soustraction suppose une première question : est-il possible de prendre le bien incorporel d'autrui sans que ce dernier ne soit intervenu pour en ouvrir l'accès ?

245 La réponse est incontestablement affirmative, lorsque le bien incorporel est représenté par un support matériel qui en autorise l'accès. Le problème ne réside alors pas dans la possibilité de la soustraction, qui s'opère concomitamment à celle du support, mais plutôt dans la détermination de l'objet effectivement soustrait¹⁵⁵. En revanche, tout autre est la situation en l'absence d'un tel support.

246 Dans ce cas de figure auquel, semble-t-il, la Cour de cassation n'a encore jamais été confrontée, la forme de l'atteinte est véritablement éprouvée. En conséquence, non seulement, la prospective apparaît téméraire, mais surtout, elle semble avoir une portée très réduite. En

simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction [...] » (nous soulignons).

¹⁵³ Art. 311-2 C. pén.

¹⁵⁴ V. *supra*, n° 3.

¹⁵⁵ V., à propos du vol d'informations, *infra*, n°s 384 et s.

réalité, outre qu'une telle analyse est de nature à faciliter la détermination de l'objet du vol, l'absence de jurisprudence n'est peut-être, précisément, que le révélateur d'une inopportune paralysie du droit face à l'évolution des réalités de l'appropriation. S'ajoute à cela que quelques arrêts de cours d'appel démontrent, à travers certaines solutions audacieuses, tout l'intérêt d'une extension de la notion de soustraction au domaine de l'immatériel¹⁵⁶. Enfin, afin de procéder à cette anticipation, une méthode sûre est envisageable : s'inspirer des solutions existantes concernant, principalement, l'abus de confiance et l'escroquerie, et tenter de concevoir théoriquement la soustraction des objets ainsi frauduleusement appropriés. Peut-on, par exemple, soustraire une connexion Internet¹⁵⁷ ou un numéro de carte de crédit¹⁵⁸ ?

247 La soustraction d'une connexion Internet ne peut, *a priori*, s'opérer qu'à l'aide d'un support d'accès qui permet de l'atteindre, c'est-à-dire indirectement. Cet obstacle technique à la reconnaissance du vol d'une telle chose n'est pas majeur, d'autant que le juge y a, sur le fondement de l'article 379 du Code pénal de 1810, déjà été confronté. Il n'a, en effet, pas hésité à réprimer le vol d'électricité, celui-ci nécessitant la mise en œuvre d'un dispositif, plus matériel qu'intellectuel, permettant par exemple de bloquer un compteur et, ainsi, de consommer de l'énergie sans en laisser la trace¹⁵⁹. L'article 311-2 du Code pénal de 1992 a autonomisé la soustraction d'énergie, sa détermination spéciale se justifiant, avant tout, par la spécificité de son élément matériel : si ce dernier prend, classiquement, la forme d'un acte qui porte atteinte à la chose d'autrui, il ne s'exécute qu'indirectement, la main du voleur étant alors nécessairement dotée d'un outil. Il ne s'agit pas moins d'une soustraction, car c'est, effectivement, toujours la main de l'homme, fût-elle aidée par un objet, qui s'empare de la chose d'autrui. L'intervention d'un support pour accéder à un bien n'empêche donc pas la préhension de ce dernier et, partant, son vol¹⁶⁰.

¹⁵⁶ V. par ex. CA Montpellier, 10 nov. 1998, *JurisData* n° 034889 : « Attendu que les faits sont constitutifs d'un vol tel que prévu à l'article 311-1 du Code pénal, France Télécom fournissant un service et non une énergie » (nous soulignons) ; CA Limoges, 8 sept. 1998, à propos d'une personne sanctionnée pour avoir recopié, frauduleusement, des informations, sur lequel v. F. DEBOVE, « Information mal acquise ne profite jamais », *in Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24, p. 4 et s.

¹⁵⁷ Comp. Cass. crim., 19 mai 2004, préc., pour l'abus de confiance ; TGI Paris, 16 déc. 1997, préc., pour l'escroquerie.

¹⁵⁸ Comp. Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

¹⁵⁹ V., par ex., Cass. crim., 19 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 853. V. aussi, pour un prélèvement en amont du compteur, Cass. crim., 10 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 108. – Même si l'énergie n'est qu'une transformation de la matière ($E=mc^2$), l'appréhension juridique de l'infiniment petit des particules élémentaires est, en raison notamment de l'impossibilité d'utiliser celui-ci sans instrument adéquat, souvent comparable à celle de l'immatériel, d'où une confusion récurrente : l'énergie serait incorporelle.

¹⁶⁰ V. CA Montpellier, 10 nov. 1998, préc.

248 La soustraction d'un numéro de carte de crédit est plus difficile à concevoir. Elle ne peut apparemment, en effet, consister qu'en la consultation du numéro à l'insu de son propriétaire, celle-ci permettant son enregistrement par un moyen quelconque, puis sa retranscription frauduleuse¹⁶¹. Ainsi, l'infraction de vol reste envisageable, mais la forme qu'elle emprunte semble alors trop distendue : lire, ce n'est, bien heureusement, pas voler. La simple et seule lecture d'un numéro de carte de crédit ne peut représenter un acte de soustraction. Il apparaît donc nécessaire de justifier autrement l'appréhension induite d'un simple numéro.

249 Tout numéro est, envisagé indépendamment de sa fonction, une chose commune : sa constitution d'agencement de chiffres lui donne une originalité certaine, mais celle-ci est insuffisante, en soi, à fonder son utilité, puis à justifier sa réservation. Si le numéro de carte de crédit s'avère malgré tout être un bien, c'est en réalité parce que sa constitution se révèle plus complexe : il est une suite de chiffres qui, associée notamment aux coordonnées du titulaire du compte, « donne accès à des utilités économiques indéniables »¹⁶² ; il est un bien dont la mobilisation est nécessaire pour accéder à un autre bien¹⁶³. Pour autant, il ne s'agit pas d'une universalité de fait, chaque élément en cause ne représentant pas un bien en soi. Il n'empêche, cependant, qu'envisager la soustraction du numéro ne peut se faire qu'en considération de l'ensemble. Afin de s'approprier un tel bien, il faut, en effet, prendre également connaissance, à l'insu du propriétaire du numéro, de ses coordonnées, sans lesquelles aucune utilisation des chiffres ne sera véritablement efficace. C'est pour cette raison qu'un tel bien facilite plutôt la commission d'un abus de confiance, d'autant que ce n'est vraiment qu'au moment de son utilisation que le bien apparaît et se constitue ostensiblement : il est, alors, un accès effectif aux valeurs économiques contenues dans le compte. A l'inverse, il n'est, en l'attente d'une telle utilisation, qu'un bien en latence, insaisissable au-delà même de son incorporelité. Or, son apparition est la condition même d'une atteinte. La soustraction d'un numéro de carte de crédit ne peut donc s'entendre que lors de son utilisation, à l'insu et contre le gré du propriétaire.

250 Cet agissement, qui peut certainement s'analyser en un comportement de maître vis-à-vis de la chose, va entraîner une atteinte au bien tel qu'il était initialement, et pas seulement au compte et à son contenu, auxquels il permet d'accéder. En effet, d'une part, le numéro perd, pendant un instant, son caractère exclusif et, d'autre part, il a nécessairement moins de valeur, puisque ce à quoi il donne accès en a moins. En un sens, par le biais de la soustraction, le

¹⁶¹ Ce qui n'est déjà plus prendre, mais tenir.

¹⁶² T. REVET, *RTD civ.*, 2001, p. 912.

¹⁶³ V. *infra*, n^{os} 408 et s.

premier bien disparaît, étant remplacé par une chose de valeur moindre. Or, la cause de cette disparition réside dans la soustraction seule. En raison de son contexte différé et plus intellectuel, l'acte prend, ainsi, plutôt la forme d'une appréhension, c'est-à-dire d'une « *compréhension par l'esprit* »¹⁶⁴ et nécessite, corrélativement, une caractérisation plus précise.

251 LES DIFFÉRENTES APPRÉHENSIONS : LES DIFFICULTÉS DE PREUVE¹⁶⁵. – Tout comme la préhension peut consister, par exemple, en un enlèvement ou en un ravisement, l'appréhension a vocation à revêtir des formes diverses, selon la nature de l'objet dont elle prive le propriétaire légitime. En effet, de même qu'on ne vole pas une voiture comme on soustrait l'une quelconque de ses roues, on ne soustrait pas un numéro de carte de crédit comme on vole une autre information¹⁶⁶. La soustraction d'un projet, celui-ci s'entendant d'un ensemble original d'informations confidentielles¹⁶⁷, paraît, ainsi, plus facilement caractérisable que celle d'un numéro de carte de crédit. La valeur de cette première chose abstraite provenant, avant tout, de son originalité, – au sens commun du terme –, et de sa confidentialité, sa simple consultation sans l'accord de celui qui l'a créée semble provoquer, déjà, une atteinte au droit de ce dernier sur son bien. En un sens, il y a soustraction, le projet perdant, du fait de cette lecture non autorisée, les caractères mêmes qui justifiaient sa réservation : connu d'un autre, il n'est plus tout à fait original, et il n'est certainement plus confidentiel. Il n'est, dès lors, plus la chose d'autrui seul.

252 Une telle atteinte n'en reste pas moins difficile à démontrer, en raison, une fois de plus, de son caractère essentiellement intellectuel. L'appréhension n'est, en effet, pas impossible à concevoir techniquement, – au contraire –, mais en le besoin de sa démonstration réside la nécessité d'une extériorisation postérieure, bref d'une matérialisation qui, seule, contribuera à prouver que la soustraction s'est bel et bien opérée. Or, cette apparition indispensable prendra forcément, comme c'est le cas la plupart du temps en matière de préhension, la forme d'une utilisation de la chose d'autrui par le voleur, celle-ci impliquant, logiquement, une possession antérieure de la chose par ce dernier. Cette utilisation sera, alors, le premier élément d'une recherche probatoire devant porter exclusivement sur l'appréhension, cause de l'appropriation

¹⁶⁴ Comp. *Littré*, V° Appréhender.

¹⁶⁵ Pour de plus amples développements sur une telle preuve, v. *infra*, n°s 484 et s.

¹⁶⁶ Comp. Cass. crim., 28 oct. 1959, *D.*, 1960, juris. p. 314, note A. CHAVANNE : « *La façon dont est réalisée l'appréhension frauduleuse est différente suivant la nature de l'objet qui est soustrait* ».

¹⁶⁷ Comp. Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.

frauduleuse. Un tel constat, d'apparence singulière, ne jure pourtant à aucun moment avec la pratique judiciaire, à laquelle conduit la mise en œuvre du droit pénal, qui oblige à mener une analyse rétrospective de l'infraction ; il faut, effectivement, un cadavre pour ouvrir une enquête pour homicide¹⁶⁸. A moins que la soustraction ne soit flagrante, il sera donc nécessaire d'en constater les effets afin de la sanctionner.

253 THEORIE GENERALE DE L'APPREHENSION. – De l'ensemble de ces éléments disparates, se dégage, en creux, un concept encore peu connu. L'appréhension est le comportement par lequel l'esprit saisit un objet de pensée. Structurellement moins univoque qu'un acte de préhension, elle nécessite, non seulement, l'extériorisation de son illégalité, mais aussi et surtout, au préalable, la matérialisation de son existence, par exemple par le biais de l'instrument qu'elle mobilise. Pour consommer le vol, l'appréhension doit, en effet, apparaître sans équivoque comme un comportement frauduleux de maître vis-à-vis de la chose d'autrui, actif et instantané, c'est-à-dire répondre aux caractères classiques de la soustraction. Au moment même de la soustraction-appréhension, le voleur doit se comporter comme s'il était le propriétaire du bien. Ce qui ne signifie pas, toutefois, que cet agissement doit être un invariable : il change de forme selon celle du bien vers lequel sa volonté tend consciemment. Mais il doit rester la prise du bien d'autrui contre son gré, celle-ci fût-elle plus éthérée, et caractériser, ainsi, seulement une soustraction. La preuve de l'élément matériel de l'infraction de vol ne doit donc porter, outre sur l'existence d'un objet approprié par autrui, que sur l'appréhension de ce dernier, même si elle implique une révélation par l'entremise d'un événement postérieur. Cette théorie d'équivalence entre la préhension et l'appréhension se justifie d'autant plus par la similarité de leurs effets.

254 LA SIMILARITE DES EFFETS DE LA PREHENSION ET DE L'APPREHENSION : L'ATTEINTE A L'EXCLUSIVITE DE LA JOUISSANCE D'UN BIEN. – L'une des particularités de la soustraction est son immédiateté, qui révèle le lien consubstantiel qui existe entre l'acte de préhension et son effet immédiat : le transfert de détention de la chose du propriétaire au voleur. La soustraction d'un bien corporel provoque, en effet, la perte immédiate de sa détention par le propriétaire. En conséquence, ce dernier ne peut plus jouir d'aucune des utilités matérielles de sa chose, et ses prérogatives juridiques sont limitées à l'affirmation d'une propriété sans

¹⁶⁸ V. *infra*, n^{os} 725 et s.

corps¹⁶⁹. Parallèlement, mais différemment, la soustraction d'un bien incorporel provoque la détention partagée d'un bien. Le propriétaire n'est, effectivement, pas réellement privé de la détention de sa chose. Pour autant, sa propriété n'est plus exclusive : il doit en partager les utilités avec un tiers auquel il n'a pas confié ce droit. Un second maître entre en concurrence avec lui, limitant alors les utilités de son bien.

255 Ainsi, au regard de leur objet, la soustraction s'apparente à la remise, qui peut être aussi bien celle de la détention matérielle d'un bien, que celle de sa détention intellectuelle. De la sorte, la seule véritable différence entre l'appréhension et la préhension ne se situe, en définitive, que dans la portée de la dépossession opérée. Toutes deux, elles provoquent la fin, contre son gré, de l'exclusivité dont dispose un propriétaire sur son bien, en entraînant la détention de celui-ci par un tiers. Toutefois, alors que la préhension prive le propriétaire de toutes les utilités de sa chose, l'appréhension ne fait que les limiter. Parfois, cette différence est encore plus ténue : le vol autrefois qualifié « d'usage » ne provoque qu'une perte momentanée des utilités de la chose. A l'inverse, la soustraction d'un projet peut provoquer la fin de toute l'utilité que son propriétaire pouvait espérer en tirer. De même, la soustraction d'un bien incorporel mobilisé, c'est-à-dire à la fois véhiculé et représenté par un instrument, provoque un effet comparable à celui du vol d'un meuble. Il apparaît donc que soustraction puisse, à l'instar de la remise, se dématérialiser.

256 La dématérialisation paraissant, ainsi, s'être réalisée tout autant en amont de l'atteinte qu'à travers celle-ci, il faut désormais vérifier que les infractions de conséquence soient, elles aussi, aptes à recevoir ce phénomène.

Section II. LA DEMATERIALISATION JUSQU'EN AVAL DE L'ATTEINTE A LA PROPRIETE

257 LES INFRACTIONS DE CONSEQUENCE : UNE IDENTITE D'OBJET. – Le recel de choses et le blanchiment, notamment, constituent des infractions de conséquence. Bien que distinctes de l'infraction d'origine, elles sont « *fondé[es] sur celle-ci qui est nécessaire à [leur] existence* » ; elles lui sont donc connexes¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Exercer l'action en revendication de l'article 2276 du Code civil, par exemple, ou se constituer partie civile : v. *infra*, n^{os} 749 et s.

¹⁷⁰ P. MAISTRE DU CHAMBON, *Rép. pén. Dalloz*, V^o Recel, n^o 85, p. 19.

258 Lorsque l'infraction d'origine représente une appropriation frauduleuse, l'élément liant la seconde infraction à la première réside dans une certaine origine de la chose : la chose, objet de la seconde, a une origine délictueuse en raison de la première. Les infractions contre la propriété procurant à leur auteur la détention d'une chose, elles sont le préalable le plus courant des infractions de conséquence, ce que le Code pénal certifie en faisant des infractions générales de recel de chose et de blanchiment « *des autres atteintes aux biens* »¹⁷¹. De plus, aucune contravention ne sanctionnant une appropriation frauduleuse, c'est également en toute logique que les textes posent que la première infraction ne peut qu'être un crime ou un délit¹⁷². La coloration pénale de la chose est alors antérieure à la seconde infraction, celle-ci ne faisant que la prolonger ; c'est pourquoi le recel et le blanchiment sont des infractions continues. La chose nécessite donc, pour participer à la constitution de telles infractions, une origine déterminée, mais l'incrimination ne postule pas que cette dernière le soit précisément. Toute chose pouvant être l'objet d'une infraction est susceptible, par conséquent, d'être recelée ou blanchie, à condition toutefois qu'elle puisse être l'objet de l'élément matériel dessiné par les textes d'incrimination de ces deux infractions.

259 LES INFRACTIONS DE CONSEQUENCE : UNE MATERIALITE PROPRE ET, PARTANT, UNE DEMATERIALISATION PROPRE. – A ce stade, il ne s'agit plus de réprimer la prise ou la remise de la chose, mais un agissement postérieur et autonome par rapport à celles-ci. Dès lors, même si elle en découle logiquement, la dématérialisation des infractions de conséquence doit être considérée indépendamment de celle des infractions qui ont initialement coloré pénalement la chose. Toutefois, elle ne doit être étudiée qu'en ce qu'elle constitue la conséquence de l'immatérialité de la chose, soit que l'infraction d'origine puisse également protéger un objet incorporel, soit que l'infraction d'origine ne protège, dès sa détermination, que de tels objets. A défaut, la dématérialisation s'opère à d'autres fins que l'adaptation à l'évolution des objets de propriété ; elle n'est alors qu'un mécanisme de pénalisation, légitimement envisageable lorsque son origine est légale, mais indépendant de l'étude de la dématérialisation de l'objet des infractions « *contre les biens* ». A cette dernière fin, le recel (§ 1) et le blanchiment (§ 2), incriminations aux fondations similaires mais à l'architecture différente, sont les exemples les plus pertinents d'une possible dématérialisation des comportements infractionnels en aval d'une atteinte à la propriété.

¹⁷¹ Titre deuxième du livre III, ce dernier étant consacré aux « *crimes et délits contre les biens* ».

¹⁷² Art. 321-1, al. 1 et 2, et art. 324-1, al. 1 et 2, C. pén.

§ 1. La dématérialisation du recel

260 L'UNITE THEORIQUE DU RECEL : LA NOTION DE BENEFICE. – Le Code pénal de 1992 a légalisé une interprétation judiciaire originale du texte de 1810, opérée pour la première fois dans deux arrêts de la Chambre criminelle du 14 octobre 1969¹⁷³ et du 9 juillet 1970¹⁷⁴. Selon l'alinéa 2 de l'article 321-1, « *constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* »¹⁷⁵. Le nouveau texte se scinde, ainsi, en deux alinéas, le premier sanctionnant classiquement une détention de la chose, le second réprimant, plus largement, le simple bénéficiaire tiré de la chose. Afin de concilier ces deux alinéas, deux analyses sont possibles.

261 En premier lieu, il apert que le recel classique subsiste sous la forme de la détention d'une chose d'origine frauduleuse, et que le législateur y a accolé une infraction de bénéficiaire tiré d'une telle chose, quel qu'il soit, faisant ainsi du recel une sorte de délit quasi objectif, par contamination au contact d'une chose appropriée frauduleusement¹⁷⁶. La détention représentant, elle-même, un bénéficiaire tiré de la chose, il n'est pas certain que cela ne soit pas, en réalité, une véritable mutation du délit qui se soit opérée¹⁷⁷, la pertinence même du maintien du premier alinéa pouvant être remise en cause¹⁷⁸. En second lieu, selon une approche plus traditionnelle, le bénéficiaire peut, à son tour, être perçu comme une forme de détention. C'est l'analyse de Robert Vouin qui, prenant comme exemple la personne simplement transportée dans une voiture volée, précise qu'il s'agit là d'une détention au même titre que celle de la personne qui est au volant¹⁷⁹. C'est, juridiquement, la théorie la plus sécurisante, la détention restant l'élément matériel d'une infraction alors plus ouverte, bien que plus précise quant aux différentes formes que peut prendre cette matérialité¹⁸⁰ : le recel peut ainsi, selon l'article 321-1 du Code pénal, être constitué par une dissimulation, une transmission, une opération intermédiaire à la transmission ou en un bénéficiaire, toutes ces

¹⁷³ *Bull. crim.*, n° 248.

¹⁷⁴ *Bull. crim.*, n° 236.

¹⁷⁵ Nous soulignons.

¹⁷⁶ Même s'il faut, pour cela, connaître l'origine de la chose.

¹⁷⁷ En ce sens, J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 238, p. 221.

¹⁷⁸ A. VITU, *op. cit.*, t. II, n° 2460, p. 2004 : « *c'est la notion de bénéficiaire tiré de la chose qui constitue l'essence même du recel : lorsque le coupable détient l'objet, le profit qu'il en retire est évident, mais dans certains cas le bénéficiaire peut exister seul et il suffit, le recel est certain* ».

¹⁷⁹ « Le recel et la détention de la chose », *D.*, 1972, chron. p. 281. – Dans le même sens, F. ALT-MAES, « Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention », *RTD civ.*, 1986, p. 41 ; J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 238, p. 218.

¹⁸⁰ Par rapport à l'ancien texte – l'article 460 du Code pénal de 1810 – qui ne définissait pas l'acte de recel.

opérations ayant en commun d'impliquer une détention préalable, fût-elle instantanée, et fût-elle juridique.

262 Pourtant, cette dernière analyse est insuffisante, les condamnations ayant pour fondement l'alinéa 2 de l'article 321-1 sanctionnant rarement la détention frauduleuse d'une chose, mais bien le seul profit tiré de cette dernière, fût-il indirect¹⁸¹. De plus, le passager qui bénéficie d'une voiture volée n'en a pas réellement la détention : il profite bien d'une utilité tirée de la chose, mais il n'exerce dessus aucune maîtrise, se contentant de subir passivement, fût-ce consciemment, la volonté du conducteur. L'adverbe « *également* » que le législateur pose dans le texte ne détermine que l'égalité illégalité des actes de recel, pas leur similarité. Il y a donc recel à détenir et à profiter d'un bien dont l'origine est frauduleuse, l'unité de ces comportements ne pouvant alors résider que dans la caractérisation certaine d'un bénéfice¹⁸². Cependant, même ce critère, pourtant large, n'est pas infaillible, le juge pénal ayant déjà pu condamner un individu qui avait détenu, mais pas profité¹⁸³.

263 LA DIVERSITE EN RAISON DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'INFRACTION : UNE DEMATERIALISATION CONTROLEE ET LIMITEE PAR LE JUGE. – La diversité de l'infraction ne provient donc pas nécessairement du texte d'incrimination, qui peut être interprété de façon unitaire, mais de son interprétation judiciaire. En effet, quelle que soit l'analyse finalement retenue, et quel que soit l'alinéa de l'incrimination considéré, le texte de l'article 321-1 dématérialise certainement l'acte de recel. On ne peut ainsi affirmer que, alors que le recel-profit protège les seuls biens incorporels, à l'inverse, le recel-détention s'applique exclusivement aux biens corporels. Sur le fondement de l'alinéa 1^{er} il est possible, par exemple, de receler en ne faisant qu'office d'intermédiaire dans la transmission de la chose, la Chambre criminelle ayant même pu sanctionner une personne qui n'était qu'« *intervenue dans la négociation de bons du Trésor volés* »¹⁸⁴. De même, sur le fondement de l'alinéa 2, il y a

¹⁸¹ V., par ex., Cass. crim., 9 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 170 ; Cass. crim., 17 juill. 1976, *Bull. crim.*, n° 255.

¹⁸² Il est possible que ce caractère du recel fut présent dès le Code pénal de 1810, son article 380 précisant que ceux qui « *auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets* » provenant d'un vol couvert par l'immunité familiale établie par cet article, seraient coupables de recel. Voir M. CULIOLI, « Le recel commis par le passager connaissant la provenance frauduleuse du véhicule utilisé », in *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 81 et s.

¹⁸³ Cass. crim., 14 févr. 1991, *Bull. crim.*, n° 74 : « *l'article 460 du Code pénal définissant le recel n'exige pas que le prévenu ait tiré un profit personnel des sommes détournées mais seulement qu'il ait eu connaissance de la provenance délictueuse des fonds qu'il a détenus* ».

¹⁸⁴ Cass. crim., 30 nov. 1999, *Bull. crim.*, n° 282.

recel, par exemple, à recevoir et conserver des actions d'une société dont la valeur a été accrue par incorporation d'actif provenant d'abus de biens sociaux¹⁸⁵.

264 La dématérialisation s'avère donc envisageable sur ces deux fondements et, en définitive, seule se pose vraiment la question de sa portée et de son effectivité. Théoriquement, en effet, tout semble possible : le receleur doit juste avoir « *bénéficié* » de la « *chose* » ou du « *produit* » provenant « *d'un crime ou d'un délit* » (A). Il apparaît, alors, que c'est au stade de la pratique que se détermine vraiment la dématérialisation du recel (B).

A. L'ouverture théorique du recel à l'immatériel : la possibilité du bénéfice tiré d'un bien incorporel

265 LA NECESSITE D'UNE CHOSE. – Dès le Code pénal de 1810, conséquemment à la diversité des objets de propriété et, corrélativement, à celle des infractions contre la propriété, les biens susceptibles d'être l'objet d'un recel sont très variés. Le Code pénal de 1992 précise l'élément matériel de l'infraction mais il conserve, parallèlement au vol, le terme le plus général pour désigner son objet : le recel vise avant tout la chose provenant d'un crime ou d'un délit, c'est-à-dire la chose qu'un autre a dérobée à autrui, bref la chose d'autrui. La généralité du mot, alliée à la relative indétermination de son origine, n'incite pas à la distinction : « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ». C'est pourquoi les infractions qui colorent pénalement la chose sont diverses, et c'est aussi la raison pour laquelle, en principe, toute chose susceptible d'être appropriée frauduleusement peut être l'objet d'un recel. De la sorte, s'il peut y avoir recel d'une créance obtenue à la suite d'une escroquerie¹⁸⁶, peuvent aussi être recelés l'attribution d'un marché¹⁸⁷, un secret de fabrique¹⁸⁸, une information protégée par le secret professionnel¹⁸⁹, une information protégée par le secret de l'enquête et de

¹⁸⁵ Cass. crim., 3 mai 1982, *Bull. crim.*, n° 110 : v. J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 238, p. 221.

¹⁸⁶ Cass. crim., 18 janv. 1988, *Bull. crim.*, n° 22 : « [...] en matière de recel d'escroquerie il n'importe que le prix des parts cédées n'ait pas été payé, dès lors que la remise, élément de l'escroquerie, n'a pas porté sur des fonds, mais sur l'obligation souscrite par la victime de payer le prix des parts au cédant, laquelle constituait par elle-même un élément d'actif dont le patrimoine du prévenu s'était enrichi ».

¹⁸⁷ Cass. crim., 28 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 23 : « [...] le prévenu a bénéficié en connaissance de cause de l'attribution d'un marché irrégulièrement passé [...] » ; Cass. crim., 5 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 110.

¹⁸⁸ Cass. crim., 7 nov. 1974, *Bull. crim.*, n° 323 : « [...] la constatation, faite par les juges d'appel, que Y...Z... a accueilli, en connaissance de cause, les renseignements frauduleusement apportés par X... et qu'il les a mis en œuvre, caractérise le délit de recel, prévu et puni par l'article 460 du code pénal ».

¹⁸⁹ Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 328 : le prévenu est condamné pour recel du produit d'une violation de secret professionnel. Or, le produit d'une telle infraction est, justement, une information protégée par un tel secret, en l'occurrence une pièce émanant de la préfecture de police « mentionnant que le mari avait fait l'objet de deux enquêtes ». V. aussi Cass. crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 183 ; Cass. crim., 20 juin 2006, inédit,

l'instruction¹⁹⁰ ou une information dite privilégiée¹⁹¹. C'est également pourquoi on peut envisager le recel consécutif aux infractions s'appliquant aux propriétés dématérialisées.

266 Pourtant, de la plume même de la Cour de cassation, il est un principe qu'« *une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions [...] de l'article 321-1 du Code pénal* »¹⁹². De surcroît, la quasi-totalité des objets précédemment décrits a été prise en compte sur le fondement du recel-profit, c'est-à-dire en tant que produits plutôt qu'en tant que choses. Il semble alors nécessaire, pour qu'il y puisse y avoir recel d'une chose incorporelle, que celle-ci s'inscrive dans un support matériel, puisque dans l'espèce ayant donné lieu à l'affirmation de ce principe, il y a bien condamnation pour recel de photocopies. La solution n'est pas choquante, le juge pénal cherchant sans doute, par le biais d'une règle énoncée ostensiblement, à poser des limites claires à une incrimination qui lui laisse une trop grande marge d'interprétation, de même qu'à concilier la protection du secret de l'instruction avec les droits reconnus aux journalistes par l'article 10 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme¹⁹³. De plus, cette solution s'inscrit dans une vision matérialiste de la chose, cohérente avec l'interprétation judiciaire de cette notion en matière de vol¹⁹⁴. Néanmoins, la décision étonne en ce que, d'un côté, elle contribue à donner une interprétation restrictive de la chose que rien ne justifie plus, particulièrement pour une infraction qui a vocation à être la conséquence, sans distinction, de tout crime et de tout délit et, d'un autre côté, en ce qu'elle fait entrer dans une notion encore plus incertaine, – celle de produit –, un

pourvoi n° 05-86491 ; Cass. crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 157 : « [...] *si une information échappe aux prévisions de l'article 321-1 du code pénal qui réprime le seul recel de choses, et ne relève, le cas échéant, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse, tel n'est pas le cas du recel de documents provenant d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel* ». Dans cette affaire, la condamnation est fondée sur la détention de procès-verbaux extraits d'un dossier pénal. Le contenu informationnel est donc essentiel, et c'est de toute évidence vers celui-ci que tend la volonté infractionnelle.

¹⁹⁰ Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 149 : la Cour précise toutefois que « *la cour d'appel [...] a caractérisé la détention et la publication [...] de photocopies de pièces issues d'une instruction en cours* » (nous soulignons). Le secret se justifiait pourtant, une fois de plus, par le contenu, plus que par la forme, les pièces retranscrivant des écoutes téléphoniques ordonnées par le Président de la République ; Cass. crim., 12 juin 2007, préc.

¹⁹¹ Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 324 : « *Si le recel ne peut résulter de la simple détention d'informations privilégiées, il est caractérisé à l'égard de celui qui, réalisant, en connaissance de cause, des opérations sur le marché avant que ces informations soient connues du public, bénéficie du produit du délit d'initié ainsi consommé* » (nous soulignons). Est donc sanctionnée l'utilisation d'une information dont le caractère privatif et, partant, l'exclusivité, n'ont pas encore été mis en cause, c'est-à-dire d'une chose appropriée.

¹⁹² Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 142. Le principe a été, depuis, réaffirmé : v. Cass. crim., 12 juin 2007, préc.

¹⁹³ En ce sens, P. CONTE, *op. cit.*, n° 635, p. 371-372 ; J.-C. SAINT-PAU, obs. sous Cass. crim., 12 juin 2007, préc., in *Rev. pénit.*, 2008, p. 113 et s.

¹⁹⁴ V. *supra*, n°s 149 et s.

contentieux qui ne ressortit qu'à la chose, tant par logique, que par souci de prévisibilité, donc de sécurité juridique.

267 L'ÉLARGISSEMENT CERTAIN DE L'ASSIETTE DU RECEL PAR LA LOI : LE PRODUIT. – L'article 321-1, alinéa 2, du Code pénal fait référence au « *produit d'un crime ou d'un délit* ». Le produit n'est alors pas, nécessairement, celui qui est tiré d'une chose ; il est, plus justement, le produit d'une infraction, c'est-à-dire tout ce qu'il apparaît possible d'en obtenir, au-delà même de la chose qui n'en représente qu'une espèce¹⁹⁵. Par conséquent, les limites déjà incertaines qui entourent la notion de chose semblent éclater, l'alinéa 2 présentant un objet dont la seule borne prend la forme de l'élément matériel, c'est-à-dire du fait de bénéficier d'un crime ou d'un délit. Toute infraction, quelle qu'elle soit, n'a-t-elle pas, en effet, un produit dont une personne autre que l'auteur peut bénéficier ? Le passager qui profite de la voiture du voleur est un receleur, mais aussi, peut-être, l'héritier qui profite du meurtre d'un ascendant.

268 Seule une analyse de la place du recel au sein du Code pénal permet de le considérer et, surtout, de le déterminer encore, exclusivement comme une infraction contre la propriété. Si l'on s'en tient cependant à cette acception, celle-ci demeurant bien logiquement la plus importante, le recel-profit constitue nécessairement – c'est la moindre des extensions envisageables – un moyen de protéger un objet de propriété préalablement usurpé. Plus précisément, il est alors surtout, selon ce même point de vue, une incrimination qui protège tout bien usurpé. Le recel sanctionne ainsi, par exemple, le bénéfice tiré d'une infraction s'opérant sur un bien incorporel. Il sanctionne également le profit engendré par la simple utilisation d'un tel bien, indépendamment de sa possible détention. Dès lors, plus que tout autre, il s'adapte à l'immatériel. Le produit de l'infraction peut même être ce qui remplace la chose : sur un autre fondement – contestable, car seul le fondement de l'alinéa 2 paraît le justifier –, la Chambre criminelle n'a, en effet, pas hésité à retenir la qualification de recel lorsqu'un objet a été substitué à la chose, par subrogation réelle¹⁹⁶, au sein du patrimoine du receleur¹⁹⁷ ou au sein de celui de l'auteur de l'infraction d'origine¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cette analyse de la notion peut parfaitement s'inscrire dans une tentative de définition plus transversale, par exemple celle qui présente le produit comme le résultat d'une « *activité humaine* » : v. C. ANDRE, « La cohérence de la notion de produit », *RRJ*, 2003-2, p. 751 et s. Le produit reste en effet, en droit pénal du recel, le résultat d'une activité humaine : l'infraction.

¹⁹⁶ V. *infra*, n^{os} 348-350.

¹⁹⁷ Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n^o 220.

¹⁹⁸ Cass. crim., 3 oct. 1972, *Bull. crim.*, n^o 265.

269 Si le recel de l'article 321-1 du Code pénal reste, même dans ces cas extrêmes, une infraction à l'encontre de la propriété, et à condition de corriger les fondements parfois contestables des décisions qui le concernent, le produit représente, en réalité, l'effacement de l'identité de la chose, ce constat éclairant tant la nature de la chose, que celle du produit. Constitue, ainsi, le produit d'une infraction contre la propriété, au sens de l'article 321-1, alinéa 2, le résultat d'une atteinte effective portée à un patrimoine, quelle qu'elle soit, à condition qu'une personne autre que l'auteur en bénéficie, de quelque manière que ce soit. En revanche, dès que cette atteinte se matérialise en un bien identifié, susceptible d'une détention au sens large, c'est, au sens de l'article 321-1, alinéa 1^{er}, d'une chose dont il s'agit. La protection de la propriété immatérielle est donc tout autant l'un des objets de l'alinéa 1^{er}, que l'un de ceux de l'alinéa 2.

270 LA POSSIBILITE D'UNE DETENTION IMMATERIELLE. – La possibilité de la détention d'un bien incorporel est certaine¹⁹⁹ et la forme matérielle de celle-ci importe peu : « à chaque chose sa " détention " particulière »²⁰⁰. Élément matériel du recel, la détention ne porte d'ailleurs pas le caractère continu de l'infraction, puisqu'elle peut s'opérer en un trait de temps, cette instantanéité facilitant certainement sa dématérialisation. Au regard de l'incrimination, en effet, seule compte une maîtrise exercée sur la chose, fût-elle éphémère, et fût-elle plus juridique que matérielle. Celui qui fait office d'intermédiaire dans la transmission de la chose la détient : il en est le maître *de facto*, le temps de cet office, c'est-à-dire pas nécessairement longuement, et pas nécessairement matériellement. De même, celui qui détient une chose par autrui, faisant d'un tiers l'instrument de sa détention, en est le véritable maître de fait²⁰¹. Même s'il existe alors un autre receleur, la chose conserve sa coloration pénale, faisant de chacun de ses détenteurs qui en connaissent l'origine un receleur au sens du texte. Le caractère continu de l'infraction demeure donc, mais il est constitué d'une somme de détentions, cette succession produisant nécessairement des conséquences procédurales particulières. Achevant cette relative dématérialisation de l'acte, la Cour d'appel de Paris a déjà pu faire de l'intention de détenir le seul élément constitutif du recel, en posant que l'infraction existe lorsque l'auteur met son compte bancaire à disposition de l'auteur original, afin d'y recevoir les sommes détournées et à condition qu'il ait connaissance de leur origine

¹⁹⁹ V. *supra*, n^{os} 184 et s.

²⁰⁰ J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n^o 238, p. 218.

²⁰¹ V., par ex., Cass. crim., 17 févr. 1953, *Bull. crim.*, n^o 57 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 1986, *Bull. crim.*, n^o 262.

frauduleuse²⁰². La solution est contestable, paraissant condamner une simple tentative de recel, et sa portée est à nuancer²⁰³. La dématérialisation de l'acte ne peut, en effet, conduire à sa disparition, le recel exigeant un comportement positif de détention, c'est-à-dire, quelle que soit sa forme et quelle que soit sa durée, un comportement de maître de fait sur la chose. L'alinéa 1^{er} de l'article 321-1 du Code pénal n'est en tout cas pas fermé, techniquement, à un objet incorporel.

271 LA POSSIBILITE D'UN PROFIT IMMATERIEL. – Nul ne doute que l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal autorise la protection de la propriété immatérielle : le postulat même de l'existence d'une telle propriété implique que l'on puisse en bénéficier et qu'un tiers puisse en profiter, même sans droit. Ainsi, il y a, par exemple, recel à profiter d'une information protégée par le secret professionnel, en créant une fiche d'antécédents à partir de celle-ci, puis en utilisant cette dernière lors d'une procédure de divorce²⁰⁴. De même, il y a recel à bénéficier d'une somme d'argent détournée, par l'intermédiaire d'un compte-écran occulte : de l'aveu de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « *le délit de recel, [...] n'implique pas que les sommes recélées aient été matériellement détenues* »²⁰⁵.

272 Les éventuelles limites à la dématérialisation du recel n'étant donc pas explicitement posées par le texte d'incrimination, il faut plutôt les rechercher dans l'application du texte.

B. L'ouverture pratique du recel à l'immatériel : la possibilité du bénéfice tiré d'un bien incorporel provenant d'un crime ou d'un délit

273 LA CONTRACTION APPARENTE DE L'ASSIETTE DU RECEL PAR LE JUGE PENAL : LE DOCUMENT. – Un document est une « *chose qui enseigne ou qui renseigne* »²⁰⁶, ce qui a été traduit juridiquement comme désignant, plus précisément, tout « *écrit contenant un élément de preuve ou d'information* »²⁰⁷. Le document entretient donc avec l'information un rapport

²⁰² CA Paris, 13 févr. 1990, *JurisData* n° 022903.

²⁰³ Dans les faits, les sommes détournées ont été déposées sur le compte du receleur, et toutes les personnes relaxées (selon la Cour, en raison de l'incertitude de leur connaissance de l'origine frauduleuse des sommes) n'ont effectivement rien reçu sur le compte qu'elles ont mis à disposition de l'auteur original.

²⁰⁴ Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 328.

²⁰⁵ Cass. crim., 24 sept. 2008, inédit, pourvoi n° 08-80113.

²⁰⁶ *Littré*, V° Document.

²⁰⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Document. – Le *Vocabulaire juridique* précise toutefois que le terme a été « *étendu à d'autres supports d'information* ».

de contenant à contenu, dont l'existence pose logiquement le problème, en matière d'appropriation frauduleuse, de la détermination exacte de l'objet approprié, puis recelé²⁰⁸. Pour la Chambre criminelle, en présence d'une telle infraction, le document est le seul objet techniquement concevable de l'atteinte, qu'il s'agisse de l'original²⁰⁹ ou, plus fréquemment encore, d'une simple copie de ce dernier²¹⁰. La Cour de cassation a, ainsi, clairement fait le choix de retenir une vision exclusivement matérialiste de l'objet du recel, dans un but compréhensif et louable d'interprétation stricte de la loi pénale. Toutefois, il n'est pas certain que cette interprétation soit, en définitive, la plus pertinente.

274 L'intérêt du document réside, en effet, avant tout dans son aptitude à délimiter et à structurer une information de façon tangible, ainsi qu'à la rendre intelligible²¹¹. Cette fonction du support, principalement représentative et accessoirement probatoire²¹², conduit à une confusion récurrente entre l'objet représentant et l'objet représenté. A la lumière de leur utilité, pourtant, qui fonde leur appropriation originaire et, en conséquence, qui explique l'atteinte, ces deux biens se distinguent aisément. Ce que l'auteur recherche, et ce qu'il obtient finalement, est le contenu informationnel du document, qu'il mettra alors à profit lors de différentes situations. A cette fin, il utilise généralement un ou plusieurs documents, qui lui permettent d'atteindre, puis de véhiculer l'information. L'information est donc la fin de l'infraction ; le document n'en est que le moyen. Or, l'objet du recel de chose, infraction de conséquence, ne peut, *a priori*, être que l'invariable qui a d'abord été approprié frauduleusement, et dont on a ensuite profité malgré son origine délictuelle. En reconnaissant que le recel puisse porter tout autant sur une photocopie que sur l'original, notamment, la Cour de cassation condamne une personne qui n'a jamais véritablement détenu l'objet matériel de l'infraction première. Concevable techniquement²¹³, la solution paraît toutefois peu pertinente en considération de l'existence, dans un tel cas de figure, d'un élément

²⁰⁸ Pour une approche plus générale de ce rapport, v. *infra*, n^{os} 380 et s.

²⁰⁹ V., par ex., Cass. crim., 26 oct. 1995, préc. ; Cass. crim., 12 juin 2007, préc.

²¹⁰ V. Cass. crim., 13 mai 1991, *Bull. crim.*, n^o 200 ; Cass. crim., 3 avr. 1995, préc. ; Cass. crim., 19 juin 2001, préc.

²¹¹ Comp. « Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », *L.R.Q.*, chap. C-1.1, art. 3. et s.

²¹² Sur la représentation, v. *infra*, n^{os} 380 et s. ; sur la preuve, v. *infra*, n^{os} 510 et s.

²¹³ L'article 321-1, al. 1^{er}, du Code pénal réprime, par exemple, le simple fait « *de faire office d'intermédiaire* » afin de transmettre la chose, en connaissance de son origine frauduleuse. De même, on peut profiter sans détenir.

invariable, qui demeure d'un support à l'autre, et d'un détenteur à un autre : l'information. Celle-ci apparaît alors comme le véritable objet de l'infraction²¹⁴.

275 A cela s'ajoute le fait que les hésitations jurisprudentielles, conséquentes à la position de principe adoptée par la Chambre criminelle, nuisent plus à la sécurité juridique qu'elles ne la garantissent. La différence est ténue, en effet, entre la détention d'un original le temps de sa reproduction, et la réception et la détention d'une photocopie²¹⁵. De plus, cette position n'est pas empreinte de nécessité : l'admission d'un recel d'informations n'est, par exemple, pas nécessairement corrélative à celle d'un vol d'informations²¹⁶, la détention de ces dernières étant, la plupart du temps, la conséquence de la violation d'un secret²¹⁷. Enfin, cette position ne permet pas d'articuler logiquement les différentes incriminations de recel. L'article 434-4 du Code pénal réprime ainsi « *le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité, [...] de détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables* ». Outre que cette incrimination démontre bien que le document ressortit avant tout au domaine de la preuve, le facteur de discrimination avec l'infraction générale de recel ne réside que dans le contenu du document, c'est-à-dire dans l'information qu'il renferme²¹⁸. Les deux incriminations ne peuvent, en effet, être distinguées que parce que leur objet diffère, l'une portant sur toute information appropriée, quelle qu'elle soit, l'autre portant sur une information précisément finalisée. Dès lors, dans les deux cas, il apparaît

²¹⁴ V. Cass. crim., 12 juin 2007, préc. : en l'espèce, l'infraction de recel est finalement retenue, non pas parce qu'il s'agit formellement de procès-verbaux extraits d'un dossier pénal, mais bien parce que leur utilisation publique porte atteinte à la présomption d'innocence de la personne mise en examen dans ce dossier ; l'essentiel réside donc dans le contenu de l'information, qui permet d'écarter la protection offerte au journaliste par le premier paragraphe de l'article 10 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

²¹⁵ En ce sens, C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2007, n° 519, p. 391 : « *Les juges du fond hésiteront par la suite entre considérer qu'un journaliste ayant publié des copies d'un dossier recèle l'original parce qu'il l'a détenu, au moins le temps nécessaire à sa reproduction, ou sanctionner la réception et la détention des photocopies du dossier* ». – V., par ex., les trois décisions rendues à propos de l'affaire dite des « écoutes de l'Elysée » : Trib. correc. Paris, 17^e Ch., 10 sept. 1998, *JCP G.*, 1999, II, 10188, réquisitoire de V. LESCLOUS et note de E. DERIEUX ; CA Paris, 16 juin 1999, *D.*, 2000, juris. p. 167 et s., note C. BIGOT ; Cass. crim. 19 juin 2001, préc.

²¹⁶ Sur le vol d'informations, v. *infra*, n°s 384 et s.

²¹⁷ Voir C. RIBEYRE, *ibidem*. – Toutefois, le recours à l'incrimination de vol d'informations paraît autoriser plus légitimement les condamnations pour recel conséquentes, aucune certitude n'existant généralement sur le fait, pourtant nécessaire, de savoir si l'auteur de l'infraction première était tenu au secret ou pas : v. C. RIBEYRE, *op. cit.*, n°s 642 et s., p. 471 et s.

²¹⁸ *Contra*, C. RIBEYRE, *op. cit.*, n° 641, p. 470-471 : « *Le recel spécialement incriminé correspondrait uniquement à l'hypothèse où le destinataire d'un dossier pénal le dissimulerait sans l'avoir véritablement soustrait : il s'agit de sanctionner celui qui conserve un document communiqué, alors que le recel de droit commun suppose l'accomplissement d'une infraction principale et ne peut s'appliquer à l'auteur de celle-ci* ».

indifférent que les informations soient contenues dans un document, celui-ci ne permettant donc pas, en soi, de différencier les infractions.

276 Malgré cela, seules quelques solutions retiennent expressément que l'information est bien directement l'objet de l'infraction de recel de chose²¹⁹. Un arrêt récent illustre parfaitement la vision trompeusement matérialiste parfois entretenue par la Cour de cassation. Dans une décision du 10 mai 2005²²⁰, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, ainsi, confirmé la condamnation d'un salarié et de son délégué syndical pour recel de « morceaux » d'une lettre déchirée. Le salarié avait, en effet, produit lors d'une instance prud'homale l'exemplaire reconstitué d'une lettre déchirée que son employeur avait jetée dans sa corbeille à papier. Le document litigieux lui avait été fourni par son délégué, à qui un tiers non identifié l'avait remis au préalable. Or, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, l'employeur n'avait « *aucunement consenti par avance de façon implicite à ce [que « des chutes de la lettre en cause »] soient interceptées et subtilisées par des mains non autorisées* ». Dès lors, puisqu'« *il n'y avait pas eu abandon volontaire de la chose par son propriétaire* », il y avait certainement eu vol et, conséquemment, à travers l'utilisation postérieure de cette chose volée, il y a bien eu recel. Le nœud du problème, qui n'était pas inédit²²¹, résidait donc dans la détermination de la volonté exacte de l'employeur : avait-il résolu d'abandonner une chose lui appartenant et, surtout, sur quoi portait réellement sa résolution ? D'évidence, deux biens étaient alors susceptibles d'être l'objet de cette résolution : la lettre, contenant de l'information, et son contenu, l'information. Cependant, une seule de ces choses pouvait expliquer logiquement la solution de la Cour.

277 Celle-ci choisit, ostensiblement, de porter l'analyse sur la lettre seule, c'est-à-dire sur le support de l'information, quelle que soit l'évolution de sa forme en « chutes » ou en « morceaux ». Mais, s'il s'agissait bien de la chose en cause, il paraissait difficile de justifier la condamnation, la volonté d'abandon semblant parfaitement caractérisée par le jet du courrier dans la poubelle, dans une forme alors plus proche du déchet que d'un bien de valeur²²². Les premiers juges l'avaient d'ailleurs bien raisonnablement constaté. Ainsi, il n'y

²¹⁹ V., par ex., TGI Paris, 12^e ch., 1^{er} juin 2007 ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. n° 46, note E.-A. CAPRIOLI : sur le fondement du « *recel de biens provenant d'un délit* », condamnation du recel « *des informations provenant d'un délit d'accès frauduleux de tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données* ».

²²⁰ *Bull. crim.*, n° 145 ; *JCP G.*, 2005, II, 10162, note M. DAURY-FAUVEAU.

²²¹ V., par ex., CA Paris, 14 mars 2001, *JurisData* n° 146098 ; *D.*, 2002, somm. p. 1797, obs. B. DE LAMY : relaxe d'une personne qui a inséré sa carte SIM dans un boîtier de téléphone portable volé, ce dernier pouvant « *être assimilé à une chose abandonnée, dépourvue d'utilisation en elle-même* ».

²²² *Comp. Cass. crim.*, 12 avr. 1850, *D.*, 1850, 1, p. 142, ensemble *Cass. crim.*, 31 mai 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, somm. p. 150 : pour deux types d'objets trouvés sur la voie publique, des boues et immondices (1850) et des

avait sans doute eu, malgré ce que semblait affirmer la Cour de cassation, ni vol, ni recel du seul contenant. A l'inverse, la destruction de la lettre démontrait indubitablement la volonté de son propriétaire d'en cacher le contenu à tout autre que lui. Dès lors, son intention n'était pas d'abandonner et, partant, de laisser l'information « à la merci »²²³ des autres, mais bien de soustraire définitivement celle-ci à la connaissance d'autrui. L'acte de destruction était en effet, à cet égard, dépourvu de toute équivoque. En allant à l'encontre de cette volonté extériorisée, celui qui a reconstitué le document dans le seul but d'appréhender l'information qu'il contenait a commis un vol. En aval, c'est précisément l'utilisation de cette information par le salarié qui est finalement sanctionnée. Le recel d'informations est, ainsi, certainement une réalité, son auteur cherchant toujours à bénéficier du produit de l'infraction d'un autre.

278 L'IMPORTANCE DE L'ORIGINE DE LA CHOSE. – Les arrêts qui ne mentionnent que la source frauduleuse de la chose, sans indiquer la nature précise de l'infraction d'origine, encourent la cassation ; le juge doit donc être plus précis que ne l'a été le législateur. Seule l'existence objective de cette infraction importe, indépendamment du fait que son auteur n'est pas connu, voire qu'il n'ait pas été puni. Pour considérer le recel d'un bien incorporel, il est alors nécessaire de concevoir, au préalable, la dématérialisation de l'infraction d'origine. Les infractions fondamentales contre la propriété sont ouvertes, positivement ou théoriquement, à un objet immatériel, le recel d'un tel objet étant donc envisageable. Cependant, il faut s'assurer que l'infraction d'origine n'a pas épuisé le bien qui, pour faire l'objet d'un recel, doit subsister ou, au moins, avoir été remplacé.

279 L'analyse du recel confirme le constat de l'impossibilité du détournement d'un bien qui a fait l'objet d'un transfert de propriété antérieur au profit de l'auteur, notamment s'il s'agit d'un bien consommable. Il ne peut en principe, par exemple, y avoir abus de confiance dans le cadre d'un prêt de consommation, l'auteur étant propriétaire des sommes prêtées²²⁴. Par contre, l'auteur d'un abus de confiance peut dissiper la chose, par exemple en la vendant, le recel étant alors concevable pour le produit de cette vente. Dès lors, la disparition de la chose initialement usurpée ne représente pas un obstacle, en soi, à l'application du recel, et les éléments matériels des infractions contre la propriété ne provoquent pas, en eux-mêmes, cette

rouleaux de fil de cuivre (1978), seuls ces premiers « ne peuvent être considérés que comme des choses abandonnées et qui n'appartiennent à personne ». Concernant les rouleaux, le prévenu, au contraire, « ne pouvait penser qu'ils avaient été abandonnés ».

²²³ « Abandonner » provient de l'ancien français à *bandon*, signifiant « à la merci de ».

²²⁴ V. *supra*, n° 177 ; *infra*, n°s 600 et s.

disparition. C'est donc seulement la spécificité de la nature de la chose qui peut constituer un obstacle à la répression.

280 L'IMPORTANCE DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA CHOSE. – Les biens incorporels peuvent être matérialisés dans un support. Alors mobilisés, ils sont assimilés à des biens meubles pour leur qualification et pour leur régime. Partant, ils peuvent être l'objet d'une infraction contre la propriété, puis d'une détention classique qui constitue le recel. La plupart du temps, toutefois, ces biens ne sont que représentés par leur support, l'appropriation frauduleuse de ce dernier provoquant concomitamment celle du bien représenté, le recel pouvant alors emprunter différentes formes.

281 Si bien incorporel et support restent liés, la représentation se poursuit, le recel prenant une forme classique, comparable à celle qu'il endosse pour les biens corporels. Toutefois, les biens immatériels peuvent également n'apparaître que lors de leur utilisation, par le biais d'un support alors variable et indifférent. C'est, dès lors, seulement au moment de cette utilisation qu'ils sont susceptibles d'être usurpés et, comme l'on peut concevoir qu'une personne autre que l'usurpateur continue à s'en servir, c'est généralement ce qui est obtenu au moyen de cette première infraction qui peut être l'objet d'un recel. Par exemple, un numéro de carte de crédit peut être l'objet d'un vol ou d'un détournement, mais le recel consécutif portera plutôt – bien que pas nécessairement²²⁵ – sur les fonds obtenus à l'aide de cette utilisation. La sanction du recel d'un bien incorporel est, alors, tout autant concevable sur le fondement des deux alinéas de l'article 321-1 du Code pénal. Enfin, pour les biens incorporels dont le support n'est qu'un moyen d'accès, chaque accès au bien sans le consentement du propriétaire consommera en principe une infraction principale contre la propriété²²⁶. Le recel n'est, dans un tel cas de figure, envisageable que si une autre personne bénéficie du produit d'une telle infraction. Ainsi, commet certainement un recel la personne qui profite d'une information dont un autre s'est emparé²²⁷.

²²⁵ V. CA Toulouse, 25 nov. 1999, préc. : est coupable de recel la sœur d'un salarié qui utilise et qui diffuse, en connaissance de cause, le numéro et le code secret d'une carte « Pastel » que ce dernier lui a communiqués, alors que ceux-ci avaient été remis à son frère par son employeur pour un usage strictement professionnel.

²²⁶ V. *infra*, n^{os} 398 et s.

²²⁷ Comp. Trib. correc. Le Mans, 16 févr. 1998, *JCP G.*, 1999, II, 10011, note J. FRAYSSINET ; *D.*, 2001, somm. p. 1423, obs. B. DE LAMY: condamnation pour recel de l'individu qui télécharge des images pédophiles sur le disque dur d'un ordinateur sans les imprimer, ni les copier.

282 LA CONTRACTION PRETORIENNE NECESSAIRE DU DOMAINE DU RECEL-PROFIT. – Autant l'intervention du juge pénal pour limiter le domaine du recel de chose paraît douteuse, du moins en l'état, autant elle apparaît nécessaire en matière de recel-profit. En effet, non seulement, le juge se doit d'entretenir la diversité qu'il a choisi d'établir entre les incriminations de l'article 321-1 du Code pénal, mais surtout, une interprétation exégétique du recel-profit s'avère, en raison de l'envergure potentielle du champ d'application de ce dernier, inconcevable. C'est pourquoi, sans doute, la Cour de cassation a semblé opérer une distribution cohérente entre chacun des deux alinéas, dans un arrêt rendu le 12 juin 2007, en matière de recel de la chose ou du produit provenant de la violation d'un secret professionnel²²⁸.

283 Elle a ainsi, dans un premier temps et pour les raisons précédemment exposées, réalisé une sécurisante translation d'objet, d'information à document, sanctionnant de la sorte, sur le fondement du premier alinéa, le receleur de l'information, à travers sa détention du document qui la représentait. Mais il semble également qu'elle ait, dans un second temps et comme le souligne un auteur, récusé le recel-profit car, selon elle, *« alors que le journaliste peut être coupable de recel de chose, il ne peut être condamné pour recel profit d'une information car le fait de publier une information »* ne relève, le cas échéant, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse ". *En d'autres termes, alors que le recel-détention de documents provenant de la violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel relèverait du droit commun, le recel-profit de l'information relèverait du droit spécial : specialia generalibus derogant »*²²⁹. Bien que fragile, – mais peut-il en être autrement sur le fondement d'un tel texte ? –, une telle construction est louable, d'une part, en ce qu'elle démontre que le contentieux des appropriations frauduleuses ressortit plutôt au premier alinéa de l'article 321-1 du Code pénal et, d'autre part, en ce qu'il en ressort que seule l'existence d'un texte spécial est de nature à exclure une protection pénale générale de l'information²³⁰.

284 Le recel protège donc notamment la propriété immatérielle ; la dématérialisation du blanchiment conforte la prise en compte complète, par le droit pénal, de l'existence et de l'importance de l'appropriation des biens incorporels.

²²⁸ Préc.

²²⁹ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, p. 115-116. L'auteur ajoute que *« dans le premier cas, la détention et la publication constitueraient deux faits distincts en sorte que seul un concours réel d'infractions serait concevable : les règles de l'article 132-3 du Code pénal conduiraient alors à l'application des peines du recel. Dans le second cas, le profit n'existerait qu'à travers la publication, c'est-à-dire l'exercice de la liberté d'expression et de communication, en sorte que les dispositions spéciales de la loi du 29 juillet 1881 s'appliqueraient à l'exclusion de toutes autres »*.

²³⁰ Sur laquelle, v. *infra*, n^{os} 384 et s.

§ 2. La dématérialisation du blanchiment

285 UN DELIT DISTINCT DU RECEL QUANT A SA *RATIO*. – Le recel et le blanchiment sont deux incriminations proches qu'il apparaît souvent difficile de distinguer. Toutefois, le blanchiment a une *ratio legis* spécifique qui justifie, à la fois, son existence et l'importance de la clarté d'une définition qui, précisément, ne l'est pas. Il sanctionne l'aide apportée par un tiers à l'auteur d'une infraction pour effacer la coloration pénale du bien qui en est issu, ou du produit qu'elle a généré²³¹. A la différence du recel, le bien blanchi a donc vocation à retourner dans le patrimoine de l'auteur du délit primaire, voire à ne jamais en sortir. L'article 324-1 du Code pénal pose, ainsi, que le blanchiment est tout autant le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine d'un bien issu d'une infraction²³², que celui d'aider à l'effacement et au remplacement de cette origine.

286 UN OBJET APPAREMMENT COMPARABLE A CELUI DU RECEL : DES BIENS OU DES REVENUS AYANT PROCURE A L'AUTEUR UN PROFIT DIRECT OU INDIRECT. – Pour envisager un blanchiment postérieur, l'auteur de l'infraction principale doit avoir obtenu, par ce biais, des biens ou des revenus, c'est-à-dire avoir tiré des produits directs de cette infraction. Toutefois, sans doute en prévision de probables remplacements des produits directement obtenus par de nouveaux biens, bref si l'auteur de l'infraction première a débuté seul le blanchiment, le champ d'application de l'incrimination peut s'étendre aux produits indirects d'une infraction ; il y a donc blanchiment, en principe, même en cas de subrogation, et peut-être même surtout en cas de subrogation²³³.

287 Si les revenus peuvent *a priori*, au sens large, provenir d'une infraction contre la propriété, leur présence spéciale au sein du texte renvoie plutôt à l'origine même du blanchiment qui, avant d'être une infraction générale de conséquence, n'était que la sanction de l'aide apportée à l'auteur d'un trafic de stupéfiants²³⁴. Les revenus ne sont donc, au sens de l'article 324-1 du

²³¹ *Contra* : Cass. crim., 25 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-86182 ; Cass. crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 12 : « Vu l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal ; attendu que ce texte est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise [...] » ; Cass. crim., 10 mai 2005, inédit, pourvoi n° 04-85743. Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation impute étrangement le blanchiment à l'auteur de l'infraction d'origine.

²³² Même si l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1 du Code pénal ne semble pas exiger que les biens blanchis proviennent précisément de l'infraction première. Voir P. CONTE, *op. cit.*, n° 644, p. 379.

²³³ Sur la subrogation, v. *infra*, n°s 348-350.

²³⁴ Cette incrimination subsiste à titre spécial : v. art. 222-38 C. pén. – Le blanchiment général s'adapte pourtant parfaitement aux différents trafics et fraudes susceptibles de procurer des revenus à leurs auteurs : v., en ce sens,

Code pénal, que le produit monétaire illicite rapporté directement par une infraction, à l'exclusion de toute autre forme de biens. Ces derniers désignent alors certainement, au sein de l'incrimination, des objets de propriété précisément déterminés. Partant, le blanchiment n'est pas, à l'image du recel, une infraction exclusivement dirigée contre la propriété ; il ne garde ce caractère qu'à travers la sanction de l'aide apportée à l'effacement de la coloration pénale d'un bien acquis frauduleusement.

288 Un tel bien peut sans doute, comme en matière de recel, être de toute espèce, en raison notamment de ses origines peu déterminées : un crime ou un délit quelconques. Ainsi, rien ne s'oppose, une fois de plus, à la protection par cette incrimination d'une propriété immatérielle, ce que confirment d'ailleurs plusieurs conventions internationales, parmi lesquelles, principalement, la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 « *relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime* ». Cette dernière précise, en effet, que le terme « bien » « *comprend un bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur le bien* »²³⁵. Or, la loi n° 96-392, du 13 mai 1996, a justement introduit l'incrimination de blanchiment dans le Code pénal français afin de transposer cette convention en droit interne. De plus, le bien peut être subrogé, cet assouplissement textuel démontrant que, plus que le corps, c'est la valeur qui importe.

289 Enfin, la condition du profit tiré est, lorsque l'infraction principale est dirigée contre la propriété d'autrui, presque une clause de style. Tout au plus permet-elle de rappeler que l'auteur du blanchiment agit avant tout au profit de l'auteur principal, son profit personnel n'ayant pas à être démontré. Il n'empêche que, bien souvent, la matérialité du blanchiment est proche de celle du recel²³⁶ : pour faciliter « *par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens* », l'auteur manquant d'altruisme peut, sans avoir jamais eu la détention de la chose, exiger de retirer de l'opération un profit personnel, répondant alors parfaitement aux conditions posées par l'article 321-1, alinéa 2 du Code pénal²³⁷. De même, lorsqu'il apporte son concours « *à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* », l'auteur du blanchiment peut avoir la détention

F. LE GUNEHÉC, « Premier aperçu des dispositions pénales de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants », *JCP G.*, 1996, I, 27.

²³⁵ V. chap. I, art. 1, b.

²³⁶ V. en ce sens, par ex., J. LARGUIER, P. CONTE, *op. cit.*, n° 257, p. 242.

²³⁷ V. par ex. Cass. crim., 14 déc. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80751 : commet un blanchiment la personne qui reçoit sur son compte des fonds provenant d'un trafic de stupéfiants et qui acquiert à l'aide de ces fonds des biens mobiliers et immobiliers.

d'un objet qui provient d'une infraction, commettant ainsi, cette fois, le recel de l'article 321-1, alinéa 1^{er}. D'autant que, comme pour le recel-détention, aucune condition de profit pour l'auteur du blanchiment n'est posée par le texte. Dès lors, la matérialité du recel s'ouvrant largement à la dématérialisation, celle du blanchiment ne peut, dans ces cas de figure, que faire de même.

290 UNE OUVERTURE A L'IMMATERIEL CERTAINEMENT PLUS LARGE QUE CELLE DU RECEL. –

L'article 324-1 du Code pénal réprime, également, des comportements qui ne rentrent pas dans le champ d'application du recel. Par exemple, commet un blanchiment celui qui facilite la justification mensongère de l'origine d'un bien, indépendamment même du bénéfice qu'il peut en tirer, ou encore celui qui apporte un concours intellectuel à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d'une infraction. A ainsi été reconnu coupable le notaire qui a régularisé un acte de vente d'un appartement au profit de la concubine d'un trafiquant de stupéfiants, tout en conseillant à ce dernier le mode de paiement le plus transparent²³⁸. De même, est coupable de blanchiment celui qui accepte de recevoir des virements frauduleux sur son compte bancaire personnel, puis procède au transfert des fonds ainsi obtenus vers des tiers bénéficiaires résidant à l'étranger²³⁹.

291 L'infraction peut donc prendre la forme immatérielle d'une pure opération intellectuelle et, de l'acte de blanchiment défini de la sorte, il ressort qu'aucun contact particulier n'est nécessaire avec le bien approprié frauduleusement. Le lien de corrélation entre l'objet et l'atteinte n'est ainsi pas rompu, mais il ne concerne, en réalité, que certaines qualités de la chose. Or, parmi celles-ci, rien n'a trait à sa matérialité même, ou à son aptitude à la détention. En effet, l'acte de blanchiment, tel qu'incriminé à l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1, par exemple, ne vise véritablement qu'à construire des informations fausses concernant la chose, se faisant plus large que celui de recel en raison du lien ténu qu'il entretient alors avec l'objet. Il ne nécessite donc aucune dématérialisation supplémentaire pour opérer sur un bien incorporel et, dès lors, rien ne s'oppose vraiment à la dématérialisation parfaite de l'infraction, qui ne se réalisera, cette fois, qu'à travers celle de l'objet. Au-delà, le blanchiment apparaît même, en raison des comportements qu'il sanctionne, comme la plus dématérialisée de toutes les infractions. Il permet, ainsi, de parachever l'appropriation frauduleuse d'un ou de plusieurs biens incorporels.

²³⁸ Cass. crim., 7 déc. 1995, *Bull. crim.*, n° 375.

²³⁹ CA Toulouse, 16 janv. 2007, *JurisData* n° 324190 ; *CJAMP*, 2007-1, To. 656, p. 185 et s.

292 CONCLUSION DU CHAPITRE 2. – Tout comportement étant incriminé dans le but de protéger un intérêt dont le substrat figure dans le texte pénal, l'évolution de celui-ci implique celle de celui-là. C'est pourquoi, à l'essor contemporain des biens incorporels, a finalement répondu la dématérialisation de l'élément matériel de la plupart des incriminations dont la cause est la préservation de la propriété. Toutefois, il ne faut pas que l'adaptation des textes conduise à leur dénaturation. La condition de leur évolution réside donc dans leur aptitude à recevoir l'immatérialité d'une partie des objets de propriété.

293 Certains comportements, en raison de leur caractère abstrait ou du lien distendu qu'ils entretiennent avec la chose appropriée frauduleusement, ont aisément franchi le pas de l'immatériel. C'est le cas, par exemple, du détournement, des manœuvres frauduleuses ou de l'élément matériel de l'incrimination de blanchiment. D'autres, en revanche, par la nécessité de leur contact immédiat avec le bien, auraient dû éprouver plus de difficulté. Or, bien que l'existence d'une véritable soustraction intellectuelle, c'est-à-dire d'une appréhension univoque, soit encore en attente de consécration manifeste par la jurisprudence, la dématérialisation du fait juridique de remise est de moins en moins polémique. Pour d'autres comportements encore, la réception des biens incorporels n'apparaît tributaire que du rétablissement d'une logique. Ainsi, alors que le juge pénal use des potentialités sans borne du recel-profit pour pallier l'absence de protection pénale des biens incorporels en aval de leur appropriation frauduleuse, c'est, en réalité, au recel de choses qu'ont vocation à ressortir ces « choses » abstraites.

294 En définitive, la maille répressive n'apparaît, en ce qui concerne les biens incorporels, ni plus lâche, ni plus resserrée qu'en matière de biens corporels. La dématérialisation de l'élément matériel des incriminations qui protègent la propriété rejoignant, ainsi, celle de leur élément légal, la réception des biens immatériels semble bel et bien autorisée par le système pénal.

Conclusion du titre I

295 L'APTITUDE DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIÉTÉ À LA DÉMATÉRIALISATION. – Au-delà du champ d'application des incriminations spécialement créées pour régir les biens incorporels, principalement – mais pas exclusivement – l'abus de biens sociaux, existe une autre protection pénale, supplétive de cette première, dont la vocation générale implique

l'aptitude à la prise en compte de tous les biens, quels qu'ils soient. Ces deux corps de règles sont liés : partageant la même cause, c'est-à-dire oeuvrant toutes à la défense de la propriété, seul leur domaine permet de les discriminer ; alors que les unes ne bénéficient qu'à certaines personnes morales déterminées, les autres sont capables de préserver la propriété de l'intégralité des personnes juridiques. Par conséquent, en dehors de la considération du sujet précis de la protection, rien ne différencie ces infractions, et singulièrement pas leur objet. Au contraire, celui-ci constitue leur élément commun : présent à l'identique au sein de toutes ces incriminations, il autorise, par le biais de l'interprétation judiciaire et dans un souci constant, tant de logique que de sécurité juridique, la subsistance de la corrélation de chacune d'entre elles avec l'intérêt qu'elle représente. C'est pourquoi le droit pénal spécial des sociétés, parce qu'il a été défini par le législateur de façon contemporaine et qu'il se trouve, par là même, en phase avec les réalités actuelles de l'appropriation, ne peut être conçu indépendamment du droit pénal classique de la propriété, qui a pourtant subi peu de modifications depuis le début du XIX^e siècle. Dès lors, en adoptant, à l'occasion de la pénalisation du monde des affaires, une acception compréhensive de la notion de bien, le législateur a également donné au juge pénal une directive d'interprétation claire, valable pour l'ensemble des infractions contre la propriété : un bien n'est pas nécessairement une chose corporelle.

296 Il s'ajoute à cela que rien, dans la notion de bien, ne justifie vraiment sa restriction aux choses corporelles appropriées : le bien, comme la chose qu'il constitue en première analyse, n'a été cantonné à la matière que par l'entremise de certaines confusions, d'ordre historique ou technique, qui ont été reproduites par tradition. Or, le bien, en droit pénal comme ailleurs, n'a pour horizon que l'utilité qu'il cristallise, celle-ci ne s'étant jamais bornée aux corps. Plus spécifiquement, dans le cadre des incriminations qui protègent la propriété, la notion de bien a déjà été ouverte au domaine de l'immatériel par le juge pénal. Il s'agissait alors, tant pour les juridictions du fond que pour la Cour de cassation, de faire preuve de réalisme, en constatant, à la fois, la valeur où elle se trouvait et l'adaptation de sa protection pénale, quelque forme qu'elle ait prise. Mais il s'agissait surtout, enfin, de répondre à l'appel du législateur.

297 LE CHOIX DE LA DEMATERIALISATION DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE. –
L'aptitude des infractions à la dématérialisation dévoile, également, les choix qui ont été faits par les différents acteurs de la construction du droit pénal de la propriété. En effet, la dématérialisation des biens ne suffisant pas toujours à dématérialiser les incriminations qui ont vocation à les protéger, chacune doit être éprouvée à cette aune. Il s'avère alors que, si certains comportements infractionnels paraissent déjà adaptés aux biens incorporels, d'autres

nécessitent, en revanche, une adaptation. C'est pourquoi, par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a réprimé explicitement le détournement de diverses choses immatérielles, tout en refusant durablement de rendre un arrêt de principe en matière de vol de tels objets. Pour autant, l'examen de la soustraction, comme celui d'autres agissements réputés encore imperméables à l'incorporel, révèle que, en réalité, il est possible de tresser, en la matière, un maillage répressif comparable en tous points à celui qui préserve les biens corporels d'une appropriation frauduleuse. De la sorte, de l'amont jusqu'à l'aval, le système pénal apparaît capable de recevoir la dématérialisation des biens, le juge pénal n'ayant plus qu'à assumer sa réponse à l'appel du législateur.

298 LES PROBLEMES PRATIQUES POSES PAR LA DEMATERIALISATION DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE. – Bien que la réception pénale des biens incorporels se soit déjà concrétisée par différentes solutions, quittant ainsi le domaine de la théorie pure, la particularité de l'objet immatériel est de nature à créer de nombreuses difficultés pratiques. Or, seule la résistance de la protection pénale des choses incorporelles à ces dernières peut, finalement, permettre de conclure à l'existence d'une réception aboutie de la dématérialisation des biens en droit pénal.

Titre II

Une réception aboutie

299 LES DIFFICULTES POSEES PAR LA DEMATERIALISATION DES BIENS EN DROIT PENAL. – D'un point de vue analytique, c'est-à-dire à travers l'étude du droit pénal spécial de la propriété, une protection complète des biens incorporels par le droit répressif, comparable à celle des biens meubles, s'avère possible. Tout au plus s'agit-il encore de savoir si telle infraction précisément apparaît apte à les recevoir ou pas. Cependant, bien que constituant chacune un système en soi, les incriminations s'inscrivent dans un corps de règles générales, contenues essentiellement par le livre I^{er} du Code pénal, dont l'adaptation à l'immatériel doit également être vérifiée. Telle est la condition d'une réception aboutie de la dématérialisation des biens par le système pénal.

300 Savoir si le socle commun peut s'appliquer aux biens incorporels est, en effet, une autre question. Le bien, parce qu'il représente une partie de l'élément matériel des incriminations dont la cause réside dans la défense de la propriété¹, est exposé à différents titres à la théorie générale de l'infraction. En premier lieu, de façon évidente, l'immatérialité du bien peut poser un problème au stade de la synthèse des éléments constitutifs de l'incrimination : la responsabilité pénale étant tributaire de la preuve de la réunion, lors de la réalisation d'un comportement donné, des éléments légal, matériel et moral d'une infraction, le caractère abstrait d'une ou de plusieurs parties de ces composantes peut paraître former une difficulté insurmontable. En second lieu, plus exceptionnellement, la division de l'infraction en éléments a d'autres conséquences. En particulier, elle autorise une localisation partielle des faits délictueux sur le territoire hexagonal, celle-ci suffisant, selon le législateur, pour justifier la compétence de l'ordre répressif français. Or, autant le critère ainsi retenu paraît large, autant il devient évanescent en considération de l'immatérialité et, partant, de l'ubiquité, de certains des faits constitutifs de l'infraction. Il appert donc que l'adaptation du système pénal aux biens incorporels n'est pas un acquis.

301 L'ABOUTISSEMENT DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS EN DROIT PENAL. – La confrontation de l'immatériel au système pénal pris dans son ensemble ne conduit pourtant

¹ V. *supra*, n^{os} 13 et s.

pas nécessairement à la conclusion attendue. A l'examen, en effet, cette recherche des limites de la réception pénale des biens incorporels achoppe sur l'aptitude des règles répressives à s'appliquer aux objets sans corps dans la plupart des situations. Plus encore, il semble même que le droit pénal tire profit de sa sollicitude envers les propriétés immatérielles : d'une part, il bénéficie des techniques de la valorisation, celles-ci facilitant bien souvent sa mise en œuvre ; d'autre part, l'épreuve que représente une telle considération participe à révéler la véritable signification de certains mécanismes pénaux.

302 Possible, la réception de la dématérialisation des biens par le système pénal l'est donc d'autant plus que celle-là s'épanouit au sein de celui-ci. La relation qu'entretiennent la dématérialisation des biens et le système pénal peut, effectivement, s'éprouver au regard de leurs paroxysmes mutuels : d'un côté, la valorisation, étape ultime de la dématérialisation, a été reçue sans réel embarras par le système pénal ; d'un autre côté, les principales difficultés d'application de la loi pénale, qu'elles soient d'ordre spatial ou probatoire, ne paralysent pas la répression des atteintes aux choses immatérielles. La réception pénale des biens incorporels apparaît, ainsi, comme aboutie, puisque qu'elle s'opère malgré la valorisation (**Chapitre 1**) et l'incorporalité (**Chapitre 2**) des objets considérés.

CHAPITRE 1 : LA RECEPTION MALGRE LA VALORISATION

CHAPITRE 2 : LA RECEPTION MALGRE L'INCORPORALITE

Chapitre 1. La réception malgré la valorisation

303 LA VALORISATION DES BIENS, PROCESSUS INEXORABLE. – La notion de bien constitue une abstraction qui, exacerbée par le paradigme monétaire, a conduit à faire de la valeur un objet en soi. Le droit pénal a, tout d’abord, accompagné ce processus inéluctable, en protégeant par le biais d’incriminations traditionnelles des choses dont l’existence se justifie par l’utilité économique, plus que par l’utilité tangible. De la sorte, il préserve, parfois, des valeurs d’échange purement comptables. Par exemple, l’escroquerie se consommant par la remise de fonds, de valeurs ou d’un bien quelconque¹, l’impalpabilité et la fongibilité de l’actif contenu dans un compte bancaire ne représentent pas un obstacle à la prise en compte d’un tel bien, pourtant absolument immatériel, le juge pénal ayant même précisé que « *le paiement effectué par voie scripturale vaut remise d’espèces* »². De façon plus orthodoxe, l’incrimination défend, également, les valeurs mobilières³ et les supports monétaires⁴ qui, incarnant des valeurs économiques, en permettent la circulation par tradition manuelle. Ces biens peuvent, ainsi, être corporels dans leur aspect, mais ils ne conservent une unité d’espèce qu’en raison de leur essence économique qui, seule, justifie leur réservation ; leur valeur d’usage correspond à leur valeur d’échange, et leur matérialisation n’est, en définitive, qu’un moyen d’en faciliter l’échange.

304 Le droit pénal a, ensuite, contribué à ce processus inéluctable, en reconnaissant à de nouvelles valeurs, sans support, la nature juridique de biens. Ainsi, le détournement d’un simple « *projet* » de borne informatique est, selon le juge pénal, parfaitement concevable⁵, ce qui postule nécessairement, au préalable, l’existence et l’appropriation autonomes de cette chose plus intellectuelle que matérielle : « *les dispositions de l’article 314-1 du Code pénal*

¹ Art. 313-1 C. pén.

² Cass. crim., 25 janv. 1967, *Bull. crim.*, n° 39. La solution, confirmée de maintes fois, justifie la sanction de l’obtention frauduleuse par un individu d’une simple imputation de TVA, aucune remise matérielle n’étant alors effectuée par le Trésor.

³ V., par ex., Cass. crim., 3 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81001 : le PDG d’une mutuelle organise son licenciement fictif, et obtient ainsi de cette dernière, au titre de l’indemnité de licenciement, la remise d’actions sous-évaluées. Faisant cela, il commet une escroquerie.

⁴ Il s’agit avant tout des monnaies métallique et fiduciaire, qui constituent à la fois un support et un instrument monétaires : v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, coll. Bibl. dr. privé, t. 225, LGDJ, 1992, n°s 85 et s., p. 72 et s. – Les instruments monétaires peuvent aussi, parfois, être en eux-mêmes et pour eux-mêmes frauduleusement soustraits ou détournés.

⁵ Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218.

s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel »⁶. Par cette décision, notamment, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se désolidarise clairement d'une vision métonymique de l'objet de propriété, et adopte une position plus en conformité avec la cause réelle de la réservation d'une telle chose : sa valeur économique.

305 Le processus ainsi esquissé, pour être profondément ancré dans la réalité, n'en est pas moins paradoxal : totalement affranchie des limites matérielles, la sphère des biens a une circonférence de croissance exponentielle dont les vecteurs d'expansion et de modération, conjointement, ne résident que dans l'imagination et le désir des hommes. En conséquence, « *tout est ou peut devenir valeur* »⁷, ce qui à terme, de façon paroxystique, peut conduire au galvaudage de la propriété⁸. La valorisation des biens nécessite donc un encadrement, le droit pénal ayant alors, en raison à la fois de ses exigences de précision, et de la force expressive attachée à chacune de ses interventions, un rôle majeur à jouer.

306 LA VALORISATION DES BIENS, PROCESSUS ENCADRE. – Ce n'est que « *le jour où la société répond [que] la "valeur" devient "bien"* »⁹ : il existe une étape intermédiaire entre l'objectivation de la valeur et sa prise en compte juridique en tant que bien qui, seule mais suffisante, permet un encadrement du processus de valorisation. En effet, chose avant que d'être bien, la valeur répond finalement à un schéma classique d'appropriation, ce qui suffit à justifier sa protection pénale, en elle-même et pour elle-même. En revanche, demeurant valeur une fois réifiée, puis appropriée, la particularité du bien ainsi consacré a inéluctablement des conséquences sur la mise en œuvre du droit pénal. En particulier, la valeur a pour accessoires nécessaires différentes techniques qui, soit facilitent l'application du droit répressif, par exemple la subrogation réelle, soit, à l'inverse, la complexifie, comme c'est le cas de la représentation. De cela, il ressort avant tout que la valeur ne se conçoit pas indépendamment des autres biens, qu'il s'agisse, pour elle, d'autoriser leur remplacement, par sa fongibilité spontanée, ou qu'il s'agisse encore de les utiliser pour exister matériellement, afin de pallier son essence incorporelle.

⁶ Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338.

⁷ T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 24, p. 290.

⁸ Comp. J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », in *RTD civ.*, 1962, p. 27.

⁹ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, n° 7, p. 279.

307 C'est pourquoi, si la prise en compte pénale de la valeur comme un bien autonome est possible, et même pertinente (**Section I**), elle n'en reste pas moins conditionnée à l'incarnation de la valeur (**Section II**).

Section I. LA PRISE EN COMPTE PÉNALE DE LA VALEUR COMME UN BIEN AUTONOME

308 LA VALEUR, CONSTRUIT PARADOXAL. – Toute chose n'est pas, en soi, un objet de propriété. Elle ne devient un bien qu'à raison de la relation exclusive qu'elle entretient avec un sujet¹⁰. Sa prise en compte juridique est donc, tout à la fois, le fruit du désir d'un seul et celui d'une convoitise commune. Inévitablement reproduite dans la genèse de tout bien, cette dyade revêt une particulière acuité en droit pénal, pour lequel tant la gravité de l'atteinte, que celle de sa sanction corrélative, révèlent l'étendue sociale de l'intérêt alors protégé.

309 Essence même du bien, la valeur porte et accentue cette complexité, au point d'en faire un paradoxe. En effet, d'un côté, la valeur est « *la rupture de l'indifférence par laquelle nous mettons toutes les choses sur le même plan et nous considérons toutes les actions comme équivalentes* »¹¹ mais, d'un autre côté, elle est aussi « *un mode de rapport, de comparaison, entre les différents biens en circulation, qui permet de dépasser leurs caractères hétérogènes* »¹². C'est pourquoi les auteurs font généralement le choix, plutôt que de donner et d'exploiter une définition de la valeur, de distinguer, en son sein, la valeur d'usage et la valeur d'échange¹³, voire, comme c'est le cas pour la doctrine pénaliste, de limiter l'analyse à la notion de bien. Au-delà de cette dernière, pourtant, ces deux génitifs permettent, en réalité, d'appréhender intégralement le processus de valorisation, notamment en droit répressif.

310 VALEUR D'USAGE ET VALEUR D'ÉCHANGE ; VALEUR EN SOI. – « *La valeur d'usage [...] rattache le bien à la personne. La valeur d'échange, au contraire, est d'abord ce qui l'en détachera* »¹⁴. Ainsi posée, la relation entre ces deux espèces de valeurs semble ne pas être

¹⁰ V., notam., Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », in *Arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 413 et s.

¹¹ L. LAVELLE, *Traité des valeurs*, t. I, PUF, 1991 (2^{ème} éd.), p. 185.

¹² R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 48, p. 39.

¹³ Le premier moderne à l'avoir fait semble être Adam SMITH, dans *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, ouvrage publié en 1776.

¹⁴ R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1969), n° 15, p. 29.

une incompatibilité, mais une complémentarité. Le bien-valeur n'existerait que « *lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation* »¹⁵, au sens juridique du terme.

311 La genèse des biens démontre pourtant, dans un premier temps, que ce schéma n'est pas infaillible. En effet, le droit pénal protège, parfois, des choses dont la valeur d'usage et la valeur d'échange paraissent correspondre, la valeur d'échange constituant même le déterminant unique de la valeur d'usage. C'est le cas, principalement, de tous les biens d'essence économique, dont l'existence est subordonnée à l'antériorité d'un marché : la monnaie bien sûr, mais aussi les valeurs mobilières, voire certaines obligations. Non seulement, cela confirme qu'il existe, au regard de la valeur, deux types de biens, mais surtout, cela prouve que, au moins pour l'un de ces deux types, la valeur peut s'entendre indivisiblement. Dans un second temps, cependant, le schéma précédemment décrit apparaît pertinent : en autorisant la comparaison de la quasi-totalité des valeurs d'usage, la valeur d'échange facilite leur appréhension juridique, notamment par le biais du droit pénal. Cela permet au juge, par exemple, de sanctionner un recel malgré le jeu de la subrogation réelle¹⁶.

312 Au regard de ce qui précède, il appert donc, d'un côté, que le droit pénal perçoit certaines valeurs comme des biens (§ 1) et, d'un autre côté, qu'il perçoit la plupart des biens comme des valeurs (§ 2).

§ 1. L'individualisation des valeurs : la protection pénale des valeurs comme biens

313 LA REIFICATION DES VALEURS. – En raison, sans doute, de l'antagonisme entre l'épuisement des choses naturelles et la soif croissante d'appropriation, se sont développés de nombreux biens sans corps, d'ordre plus intellectuel que matériel. Cette « *conquête de propriétés nouvelles* »¹⁷ a, de surcroît, été encouragée par les évolutions techniques, économiques et sociales. Au centre de ces biens nouveaux, se situent les valeurs patrimoniales, tout à la fois symbole et aboutissement d'un phénomène de dématérialisation des objets de propriété. Ces valeurs ne représentent, en effet, que « *des sources de gain pécuniaire* »¹⁸, absolument incorporelles dans leur forme, leur destination pouvant donc seule permettre leur réification et

¹⁵ J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 7, p. 279. Nous soulignons.

¹⁶ V. *supra*, n° 268.

¹⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, coll. Reprint, LGDJ, 1994 (texte de la 2nde éd., 1955), p. 191 et s.

¹⁸ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 91.

leur appropriation et, conséquemment, leur qualification, d'abord de choses, puis de biens. C'est pourquoi les objets qui répondent de la manière la plus évidente à ces caractères sont généralement désignés « valeurs mobilières ». Comme leur nom l'indique, l'utilité de ces biens ne se mesure qu'en valeur ; elle est purement économique, ce qui démontre que l'objet de propriété n'est alors rien d'autre que la valeur en soi.

314 LA PROTECTION PENALE DES VALEURS. – Le droit pénal est pétri de valeurs. Qu'il s'agisse, en effet, de déterminer particulièrement ce qui mérite d'être préservé puis, lors d'une systématisation, de hiérarchiser ce qui a ainsi été distingué, la valeur est toujours en cause. Historiquement, le droit pénal constitue même le premier mécanisme de valorisation d'une chose : non seulement, la protection pénale des biens, c'est-à-dire la menace de la sanction d'une appropriation frauduleuse par le biais d'une peine, est vieille comme le droit¹⁹, mais surtout, c'est l'action de vol qui, en droit romain, est à l'origine de la conceptualisation de la propriété. Précédant et complétant l'usucapion, qui donne à la propriété un caractère réel et absolu, elle est à la fois le déclencheur et l'un des fondements d'une réflexion juridique sur l'existence d'une relation exclusive entre une personne et sa chose²⁰. Laissant alors au droit civil et à ses théoriciens la charge de définir et d'approfondir la nature juridique de cette relation, le droit pénal se focalise sur l'objet. Ainsi, lié par sa technique plutôt que par les théories de la propriété, il connaît une évolution concrète et rapide, parallèle aux réalités de l'appropriation – au sens large –, contribuant donc continuellement à l'épreuve et à l'approfondissement des recherches sur la propriété.

315 C'est pourquoi, par exemple, il protège l'électricité dès le début du XX^e siècle²¹ ou un numéro de carte de crédit au début du XXI^e siècle²² ; c'est la raison pour laquelle, en définitive, il protège tout autant les valeurs d'échange (**B**) que les valeurs d'usage (**A**).

¹⁹ Par exemple, les Codes mésopotamiens *d'Ur-Nammu* et *de Hammourabi*, c'est-à-dire deux des plus anciens textes de lois que l'on connaisse, sanctionnent déjà le vol de façon récurrente : v. ainsi, par ex., *Code de Hammourabi*, notam. §§ n^{os} 6-12, 22-25, 253, 255, 259 et 260 (traduction de L.-W. KING, 1910).

²⁰ Voir F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^o 148, p. 206-207 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n^o 166, p. 262.

²¹ Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*, 1913, 1, p. 337, note J.-A. ROUX.

²² Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

A. La protection pénale de la valeur d'usage

316 LA VALEUR D'USAGE, CAUSE DE L'APPROPRIATION. – « *Les biens sont des choses qu'il est utile et possible de s'approprier* »²³. En effet, ce qui fait d'une chose un bien est d'abord, intrinsèquement, l'utilité directe qu'elle est susceptible de procurer et ensuite, extrinsèquement, l'utilité de sa réservation exclusive. L'utilité est donc, à double titre, la cause de l'appropriation d'une chose, mais seule l'utilité intrinsèque de cette dernière représente sa valeur d'usage.

317 En conséquence, toute chose utile a vocation à devenir un objet de propriété et, parallèlement à l'existence de diverses sortes de choses, la valeur d'usage peut emprunter différentes figures. C'est pourquoi l'utilité se présente, notamment, comme un critère pertinent de définition et de distinction des biens, ceux-ci fussent-ils les plus classiques : ne peut-on pas, effectivement, supposer que « *les choses meubles sont celles dont l'utilité dépend, et les choses immeubles celles dont l'utilité ne dépend pas, de leur mouvement* »²⁴ ? Pour autant, à chaque utilité ne correspond pas nécessairement un bien : une chose offre généralement différentes utilités, naturelles ou civiles²⁵, celles-ci ne constituant alors que les attributs d'une propriété unique. En définitive, pour savoir si une valeur est un bien, il faut s'assurer, d'une part, qu'elle présente une utilité en soi, c'est-à-dire qu'elle est une valeur d'usage, et d'autre part, qu'elle constitue la seule source de cette utilité. Cette recherche, relativement aisée lorsque est en cause une chose corporelle, l'est beaucoup moins lorsqu'il s'agit d'une chose plus abstraite.

318 LA PROTECTION PÉNALE DES MARCHANDISES COMME VALEURS. – L'article 314-1 du Code pénal, par exemple, sanctionne distinctement le détournement « *des fonds, des valeurs ou [d'] un bien quelconque* », semblant ainsi poser la spécificité, au sein des biens, de la monnaie et des « valeurs ». La monnaie est « *un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toute sorte de biens. Cette indifférenciation totale [lui] confère [...] des*

²³ F. ZENATI, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 1997 (2^{ème} éd.), n° 1, p. 13. – Dans la 3^{ème} édition, les auteurs précisent que, si « *les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation* », « *toutes les choses utiles ne sont pas nécessairement des biens. Elles ne le deviennent que lorsque le bienfait ne peut en être retiré sans appropriation* » : n° 2, p. 18-19.

²⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Rome, 1951 (2^{ème} éd.), n° 53, cité par J. CARBONNIER, in *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 720, p. 1615.

²⁵ Voir C. ATIAS, *Les biens*, Litec, 2007 (9^{ème} éd.), n^{os} 98 et s., p. 77 et s.

caractères juridiques qui n'appartiennent qu'à elle»²⁶. Bien sans conteste incorporel et valeur en soi, la monnaie est dotée d'un régime adapté à ses nombreuses particularités qui, non seulement, justifie une étude autonome²⁷, mais surtout, rend dangereuse toute approche comparative. En revanche, parce que le principe monétaire est inhérent au droit, la branche répressive de ce dernier en fait, à l'instar de toutes les autres, une application logique et incontestable : une appropriation frauduleuse de fonds, quelle que soit sa forme, doit être sanctionnée par le juge pénal.

319 Les « valeurs », protégées notamment par l'article 314-1 du Code pénal, représentent donc une autre espèce au sein des biens. La Chambre criminelle de la Cour de cassation discrimine rarement, parmi les objets qu'elle prend en compte, les qualifications de « valeurs » et de « bien quelconque »²⁸. Tout au plus souligne-t-elle, parfois, la valeur patrimoniale d'une chose pour en justifier la préservation²⁹. Etant dotée d'une telle valeur, la chose est alors certainement un bien, mais doit-elle être considérée, au sein des biens, comme une « valeur » ?

320 Le juge pénal paraît faire entrer dans cette catégorie deux types de biens. Tout d'abord, ont une valeur patrimoniale les marchandises, c'est-à-dire, selon l'opinion commune, l'ensemble des meubles « faisant l'objet d'un contrat commercial »³⁰. La nature des marchandises apparaît, à première vue du moins, des plus ambivalentes. Pour le consommateur qui les acquiert, en effet, elles ne représentent que des biens quelconques, dotés d'une utilité dont il va tirer un profit immédiat. A l'inverse, pour le professionnel qui les commercialise, ces marchandises ne constituent que de pures valeurs économiques, dont l'intérêt est exclusivement spéculatif, puisqu'il ne réside que dans la prévision d'un échange ultérieur contre de l'argent. Ainsi, tant que le transfert de propriété ne s'est pas opéré, c'est-à-dire tant que le professionnel en reste propriétaire, c'est bien une valeur que le juge pénal protège à travers la marchandise. Postérieurement à ce transfert, en revanche, il ne s'agira déjà plus, pour lui, de préserver une marchandise, mais seulement le bien quelconque du consommateur.

²⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 675, p. 1532.

²⁷ Et qui a déjà été menée : v. R. LIBCHABER, *op. cit.* – Adde J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°s 671 et s., p. 1527 et s.

²⁸ V., toutefois, Cass. crim., 14 nov. 2000, préc. : dans cet arrêt, la Cour de cassation pose qu'il y a eu détournement d'un numéro de carte de crédit, « bien quelconque », alors que la Cour d'appel avait décidé que c'était une autorisation de prélèvement, « valeur patrimoniale », qui avait été détournée.

²⁹ V., par ex., Cass. crim., 2 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 139 : « ces documents, qu'ils eussent été un original ou une copie, avaient une valeur commerciale appréciable, et constituaient une marchandise au sens de l'article 408 du Code pénal ». Ils pouvaient donc faire l'objet d'un abus de confiance.

³⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Marchandise.

Tout s'éclaire donc au regard de la chronologie : malgré sa matérialité et sa considération, en tant que telle, dès le Code pénal de 1810³¹, la marchandise représente avant tout une valeur.

321 Le juge pénal a, ensuite, souligné la valeur patrimoniale de certaines écritures, afin de démontrer leur réification et leur appropriation puis, par là même, de justifier son intervention. Qu'il s'agisse, en effet, de valeurs mobilières³² ou d'informations dotées d'une valeur « *appréciable* »³³, ces biens « *ne sont pas intrinsèquement des marchandises, mais [ils] partagent avec elles la caractéristique de ne servir qu'à procurer de l'argent* »³⁴. La Chambre criminelle n'hésitait d'ailleurs pas, sous l'empire du Code pénal de 1810, à les qualifier comme telles, faisant de ces biens pourtant intrinsèquement immatériels des marchandises par destination³⁵.

322 Les « *valeurs* » protégées par le biais de l'article 314-1 du Code pénal paraissent donc être principalement, voire exclusivement, des marchandises par nature ou par destination. De la sorte, les caractères de cette espèce, au sein des biens, semblent se dessiner. En premier lieu, leur support n'est pas essentiel. Le support matériel d'une marchandise par nature a, il est vrai, une valeur d'usage en soi : ses propriétés apportent une utilité directe au consommateur, celle-ci contribuant à en faire, indubitablement, un bien autonome. Cependant, aux yeux du professionnel, ce support ne représente, en réalité, que le contenant d'un autre bien, l'existence de ce dernier ne se justifiant alors que par le gain pécuniaire dont il constitue potentiellement la source. Cette seconde valeur d'usage, c'est-à-dire celle du bien contenu, est finalement fondamentale, puisqu'elle seule permet d'opérer la qualification du bien en « *marchandise* » et, partant, en « *valeur* ». Peut-être même n'existe-t-il vraiment de marchandise que par destination, la qualification de « *valeur* », adoptée par le Code pénal de

³¹ Art. 408 C. pén. de 1810.

³² V., par ex., Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *infra*, n°s 351-352. – *Adde* Cass. crim., 3 oct. 2007, préc., pour une escroquerie.

³³ V. Cass. crim., 4 janv. 1968, *Bull. crim.*, n° 1, pour des fiches contenant les coordonnées de clients éventuels ; Cass. crim., 2 avr. 1974, préc., pour des fichiers de clientèle. – *Adde* Cass. crim., 2 juin 1970, *Bull. crim.*, n° 178, pour un fichier contenant des renseignements sur les clients actuels et sur des clients éventuels ; Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 81, pour des documents comptables concernant des clients.

³⁴ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 91.

³⁵ Il est intéressant de constater que, lorsqu'il s'agit de protéger le consommateur, la Cour de cassation refuse généralement de qualifier un bien incorporel de marchandise ou de produit. V. par ex., en matière de tromperie (art. L. 213-1 et s. C. consom.), Cass. crim., 2 nov. 2005, *Bull. crim.*, n° 273 : refus de qualifier un logiciel, bien incorporel, comme un produit au sens de l'article L. 213-1 du Code de la consommation. C'est sans doute parce que, du point de vue du consommateur, c'est moins la valeur de la marchandise qui compte que son utilité matérielle. Toutefois, la Cour de cassation a accepté de faire entrer l'électricité, bien certes corporel, mais insaisissable sans la technique adaptée, dans le champ d'application de l'infraction : Cass. crim., 7 mars 1956, *Bull. crim.*, n° 232. De plus, il existe désormais un article L. 216-1 qui précise que la fraude, notamment, « *est applicable aux prestations de services* ». Ainsi, un logiciel peut être protégé sur ce dernier fondement : Cass. crim., 2 nov. 2005, préc.

1992, apparaissant alors comme la plus juste pour désigner unitairement l'ensemble des biens précédemment considérés.

323 Les supports des marchandises par destination sont encore plus éthérés. Choses corporelles, leur existence ne se justifie que parce qu'ils extériorisent et véhiculent une valeur. Leur valeur d'usage se limitant à une utilité purement extrinsèque, ils apparaissent et disparaissent, généralement, simultanément à la valeur qu'ils mobilisent. Aussi sont-ils, trop souvent encore, confondus avec elle³⁶. Pourtant, leur existence est autonome, la valeur patrimoniale ayant une utilité propre, indépendante de celle de son support, mais équivalente à celle des marchandises par nature : obtenir un gain pécuniaire. A cet égard, la « dématérialisation » des valeurs mobilières a pu jouer un rôle révélateur³⁷ : en autorisant leur tradition sans utilisation d'un support matériel, par le simple biais d'un jeu d'écritures, elle a démontré, en premier lieu, non seulement, que ce support n'était qu'un instrument remplaçable, permettant la circulation de la valeur, mais surtout, que cette dernière avait une existence propre, autonome par rapport à celle de ses supports. La valeur constitue donc un bien en soi.

324 Cette réforme a également contribué à révéler, en second lieu, la proximité des notions de « valeurs » et de « fonds ». En effet, « *qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire* »³⁸ ; le régime juridique des valeurs patrimoniales est très proche de celui de la monnaie. L'emploi du pluriel dans l'article 314-1 du Code pénal pour désigner les valeurs démontre que ce n'est pas tant la qualité de la marchandise qui compte, que sa quantité, c'est-à-dire sa valeur d'échange³⁹. N'ayant alors vocation qu'à être échangées contre de l'argent, elles en empruntent certains caractères juridiques, essentiellement la fongibilité. Leur jouissance est purement économique, puisqu'elle consiste principalement en leur commercialisation. Ne représentant, dès lors, qu'un chiffre dans le patrimoine de leur propriétaire, les valeurs sont, à ses yeux, interchangeables, c'est-à-dire fongibles. De plus, certaines valeurs patrimoniales peuvent, au même titre que la monnaie, être scripturalisées. Or, au sein d'un compte, il devient encore plus difficile de distinguer les différentes

³⁶ Pour une confusion, v. par ex. Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP*, 1988, 20913, note approbative J. DEVEZE : « *le détournement n'est pénalement punissable en vertu de l'article 408 du Code pénal que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique* » (nous soulignons). – Pour plus de détails, v. *infra*, n°s 371 et s.

³⁷ En ce sens, F. ZENATI, *op. cit.*, p. 93 ; F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés*, août-sept. 2000, § 185, n°s 20 et s., p. 775 et s. V. art. 94-II de la loi n° 81-1160, du 30 déc. 1981, « *portant loi de finances pour 1982* », sur lequel v. *supra*, n°s 79-82.

³⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 671, p. 1527.

³⁹ V., à ce sujet et en ce sens, K. MARX, *Le Capital*, coll. Champs, Flammarion, 1985 (texte de 1867), Livre I, sect. I, p. 41 et s.

composantes selon leur origine. Ne perdurent alors certainement que des valeurs et, peut-être même, à travers un solde, qu'une valeur unique.

325 Il ressort finalement de ce qui précède que, au moins en ce qui concerne les valeurs patrimoniales, la valeur d'usage semble la plupart du temps correspondre à la valeur d'échange. Il faut donc, désormais, s'assurer que le droit pénal est bien apte à protéger cette dernière.

B. La protection pénale de la valeur d'échange

326 LA VALEUR D'ÉCHANGE, CAUSE DE LA VALEUR D'USAGE. – La destination économique des marchandises paraît exclusivement constitutive de leur utilité pour les professionnels qui les commercialisent. Par conséquent, si une infraction est commise matériellement et intellectuellement avant le transfert de propriété de tels biens, du professionnel au consommateur, et en dehors du cadre des incriminations posées par le Code de la consommation, le droit pénal, qui postule que ce moment seul constitue l'infraction, ne sanctionne alors que l'atteinte au droit de propriété de ce premier, sur des biens dont l'essence est purement économique. Ainsi, c'est une utilité en apparence plus extrinsèque qu'intrinsèque, puisqu'elle ne se justifie que par comparaison avec un opérateur monétaire, qui fonde la qualification de ces biens et, partant, leur protection. Elle n'en est pas moins préservée au même titre que serait protégée une utilité moins polémique, prenant la forme plus classique et évidente d'une utilisation directe de la chose, par exemple celle qu'en fera le consommateur après le transfert de propriété des marchandises. Au final, si l'on considère que seule la valeur d'usage d'un bien peut être la cause de son appropriation, il appert que la valeur d'échange d'une chose peut au moins générer sa valeur d'usage puis, subséquemment, son appropriation.

327 LA VALEUR D'ÉCHANGE, CAUSE DE L'APPROPRIATION. – Il semble donc que la valeur d'usage d'un bien justifie sa protection, mais qu'elle puisse, pour cela, trouver sa cause dans une valeur d'échange. En réalité, cependant, les choses ne sont peut-être pas si morcelées. Pour certains biens, en effet, dont l'archétype constitue certainement la créance, la valeur d'usage réside précisément dans la valeur d'échange. Plus prosaïquement, ces deux valeurs correspondent. On ne peut, en effet, user d'une créance qu'économiquement, qu'il s'agisse, par exemple, de l'échanger contre de l'argent, ou encore, plus indirectement, de la mobiliser à

titre de sûreté, parce qu'elle représente de l'argent. Toute son utilité réside donc dans sa correspondance à un équivalent monétaire, c'est-à-dire dans sa valeur d'échange. Preuve en est, notamment, que la Cour européenne des droits de l'homme se contente de vérifier, à travers son contrôle de l'« *espérance légitime* », que la créance a une véritable valeur d'échange, c'est-à-dire qu'elle va pouvoir assurément être subrogée, au sein du patrimoine concerné, par une somme d'argent. Telle est, effectivement, la signification de sa recherche d'« *une base suffisante en droit interne* » de la créance⁴⁰. Or, le droit pénal, dans la même optique, préserve les créances comme tous les biens, sans exiger, au surplus, qu'elles aient une utilité autre que leur valeur patrimoniale⁴¹. La valeur d'échange d'une chose peut donc être, au même titre que sa valeur d'usage, la cause de son appropriation, puis de sa protection pénale.

328 VALEUR D'ÉCHANGE ET VALEUR D'USAGE, CAUSES ALTERNATIVES D'APPROPRIATION. – La plupart du temps, toutefois, un bien possède, à la fois, une valeur d'usage et une valeur d'échange : son utilité est, d'un côté, concrète, immédiate et directe et, d'un autre côté, économique, actuelle ou prospective. Par exemple, le propriétaire d'une automobile peut tout autant la conduire, que la louer ou la vendre. C'est le cas pour la plus grande partie des biens corporels. Une appropriation frauduleuse paralysera, alors, l'ensemble de ces utilités.

329 Une telle taxinomie des utilités semble recouper certaines distinctions usuelles faites entre les biens. La classification qu'opère la Cour européenne entre biens actuels et valeurs patrimoniales y correspond parfaitement⁴². De même, la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels pourrait se fonder, outre sur la nature physique des choses, sur l'utilité avant tout économique des biens abstraits. Ne s'agirait-il pas, de la sorte, d'une véritable *summa divisio* : d'une part, existeraient des biens dont l'utilité n'est qu'économique ; d'autre part, résideraient des biens dont l'utilité n'est que subsidiairement économique ? La réponse

⁴⁰ V., par ex., « *Maurice c. France* », 6 oct. 2005, § 63 ; « *Draon c. France* », 6 oct. 2005, § 65. – V. *supra*, n° 93.

⁴¹ V., par ex., Cass. crim., 25 oct. 1995, inédit, pourvoi n° 94-85729 : sanction du vol par effraction de deux reconnaissances de dettes ; Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 220 : sanction du détournement, par les deux maires successifs d'une commune, de la rémunération d'agents municipaux.

⁴² Au fil de ses décisions, la Cour européenne a pédagogiquement rétabli le processus de réalisation et de prise en compte juridique des valeurs, notamment en précisant les rapports entretenus entre la valeur et son utilité, c'est-à-dire en définissant la valeur d'usage des nouveaux biens. Pour la Cour, sur le fondement de l'art. 1^{er} du Prot. n° 1 de la Conv. EDH, tous les biens sont actuels ou simples valeurs patrimoniales ; il existe des biens dont l'utilité est actuelle, et d'autres biens dont l'utilité n'est que potentielle. Afin de ne pas exclure ces derniers de la protection du droit de propriété, il faut s'assurer qu'ils auront un jour une utilité effective, c'est-à-dire que leur qualification de « *valeur patrimoniale* » reflétera une réalité économique : v., par ex., « *Van Marle et autres c. Pays-Bas* », 26 juin 1986, § 41 ; « *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 28 oct. 1995, §§ 29 et s. ; « *Öneriyildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004, § 124.

est importante, puisqu'elle est de nature, notamment, à déterminer le déclencheur de la protection pénale en la matière.

330 Séduisante, la théorie n'aboutit pourtant pas à un conglomérat parfait⁴³ : certains biens paraissent échapper à l'une et l'autre de ces espèces, c'est-à-dire qu'ils se développent malgré une absence irrévocable de valeur d'échange. Parfois, en effet, un bien possède seulement une valeur d'usage créant un lien si ténu avec son propriétaire, qu'elle ne semble pouvoir, à aucun moment, se détacher de sa personne. C'est le cas, par exemple, d'une lettre missive, dont le caractère *intuitu personae* postule une propriété inexorablement exclusive. En conséquence, elle n'aurait, selon certains auteurs, aucune valeur patrimoniale⁴⁴. Cela impliquerait, notamment, que la Chambre criminelle refuse de la protéger par le biais de l'incrimination d'escroquerie⁴⁵ et supposerait donc, au préalable, qu'elle ne soit pas un bien. Pour ces auteurs, la valeur d'échange serait finalement la seule susceptible de faire basculer un objet, du monde des choses au monde des biens⁴⁶.

331 En réalité, tout au plus l'existence de l'appropriation d'une telle chose et, conséquemment, la possibilité de sa protection pénale⁴⁷, permettent-elles de distinguer la propriété patrimoniale de la propriété extrapatrimoniale ou, mais cela revient au même, la propriété pécuniaire de la propriété extrapécuniaire. Il existe, en effet, des choses liées à leur propriétaire par un rapport autre que patrimonial. Ces biens « *extra-patrimoniaux* »⁴⁸ ou « *innés* »⁴⁹ n'ont, en principe, pas vocation à entrer dans le patrimoine. Ils n'en constituent pas moins des biens, « *la*

⁴³ Comme, d'ailleurs, toute distinction entre les biens : « *avons-nous encore besoin d'un système de distinction des biens ?* », se demande R. LIBCHABER. V. *Rep. civ. Dalloz*, V^o Biens, n^o 126, p. 22.

⁴⁴ V. par ex. J. LARGUIER, P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, coll. U, A. Colin, 2004 (11^{ème} éd.), n^o 136, p. 121 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n^o 574, p. 338.

⁴⁵ V. peut-être en ce sens, sur le fondement de l'article 405 du Code pénal de 1810, Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n^o 341, qui refuse de reconnaître en la remise provoquée d'un titre de séjour, une escroquerie, car cette remise « *ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui* ». Mais, comme le précise P. CONTE (*op. cit.*, *loc. cit.*), « *en ne visant pas l'article 313-1, la Cour de cassation paraît avoir considéré l'article 405 comme un texte sous ce rapport plus doux, ce qui pourrait laisser penser qu'elle a estimé que l'article 313-1 aurait permis une solution différente* », en considérant sans doute que le titre de séjour est un bien et, à ce titre, qu'il peut être l'objet d'une escroquerie.

⁴⁶ En ce sens, v. par ex. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, coll. Bibl. dr. privé, t. 489, LGDJ, 2007, n^o 28, p. 13 ; C. VERBAERE, « *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention* », *RRJ*, 1999-3, n^o 9, p. 690-691.

⁴⁷ V., très clairement, Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n^o 336 : la Cour d'appel qui, « *pour relaxer le salarié du chef de vol, [...] retient, par motifs propres et adoptés, que les informations figurant dans les documents reproduits, constitués de courriers administratifs de portée générale, n'ont aucune valeur marchande [...] a méconnu les textes susvisés* ».

⁴⁸ Voir A. SERIAUX, *Rep. civ. Dalloz*, V^o Patrimoine, n^o 2, p. 2. – V. *infra*, n^{os} 666 et s.

⁴⁹ Voir C.-M. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, Librairie générale de jurisprudence, 1869-1875 (4^{ème} éd.), § 162, p. 3 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, Durand-Hachette, 1866 (3^{ème} éd.), n^{os} 10 et s., p. 6 et s.

propriété n'[étant] pas un simple droit patrimonial parmi d'autres, mais le lien unissant le sujet à tout ce qui lui appartient »⁵⁰. Appropriés, car dotés d'une valeur d'usage, ces biens n'atteignent simplement pas l'appropriation patrimoniale, car dénués de valeur d'échange. Dès lors, comme la valeur d'échange d'une chose suffit à causer son appropriation, et à justifier sa protection pénale corrélative, sa valeur d'usage seule, aussi restreinte et subjective soit-elle, le peut également.

332 Toutefois, il faut préciser que les droits ainsi reconnus se contentent, la plupart du temps, de limiter la commercialité de leur objet. Par conséquent, si de tels biens gardent une véritable spécificité, comme celle de ne généralement pas pouvoir faire l'objet d'une voie d'exécution⁵¹, ils n'en perdent pas, pour autant, toute vocation à la commercialité. Il est possible, par exemple, de faire une utilisation patrimoniale de son patronyme⁵². De même, certains éléments du corps humain, organes ou sécrétions, sont l'objet de véritables conventions : c'est le cas du sang, du sperme, des cheveux ou du lait maternel. Plus encore, il est concevable d'analyser le contrat de travail comme un contrat de location de la force de travail, cette dernière étant en partie objectivée en raison de la relation de subordination qui s'instaure entre un employeur et son salarié. Cette subordination implique nécessairement, en effet, que le salarié ait consenti sur sa force de travail de véritables droits à son employeur en vertu desquels, notamment, celui-ci recueillera les fruits qui en sont issus⁵³. Tout bien a donc au moins pour vocation d'être l'objet d'un échange, fût-il à titre gratuit⁵⁴.

333 La valeur d'échange, bien que partageant avec la valeur d'usage l'aptitude à provoquer l'appropriation d'une chose, semble donc, malgré tout, être un trait commun à tous les biens. Qu'il s'agisse, effectivement, de la cause unique de l'appropriation d'un bien, comme pour une créance, d'une cause incidente qui n'est pas mise directement en avant, comme pour la majorité des biens corporels, ou encore de la cause potentielle de la transformation d'un bien extrapatrimonial en un bien patrimonial, comme pour le nom patronymique, la valeur d'échange est présente en chaque bien. Pour autant, en droit pénal du moins, cette dialectique de la valeur, aux apparences si complexes, se résout en réalité très simplement : seul

⁵⁰ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 462.

⁵¹ Art. 14 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991, « portant réforme des procédures civiles d'exécution ». V. aussi, en considération du constat que les droits sont des biens, art. 1166 C. civ. : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception des droits qui sont exclusivement attachés à la personne ».

⁵² V. Cass. com., 6 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; Cass. com., 24 juin 2008, *Bull. civ. IV*, n° 129 : *supra*, n° 96.

⁵³ T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992, nos 240 et s., p. 257 et s. et nos 507 et s., p. 555 et s.

⁵⁴ V., en ce sens, R. LIBCHABER, *op. cit.*, nos 4 et s., p. 3 et s. Pour cet auteur, les deux aspects proprement juridiques de la notion de bien sont l'appropriabilité et la commercialité.

comptant, pour savoir si l'infraction est constituée, le moment où se déroule l'appropriation frauduleuse, il faut, mais il suffit, qu'en cet instant, existe une chose dont la valeur d'usage ou la valeur d'échange a, préalablement, justifié la réservation exclusive. Au-delà, un tel constat présente, toujours en droit pénal, essentiellement deux vertus : en premier lieu, il révèle la capacité du droit répressif à préserver tous les biens, quelles que soient leur origine et leur forme, peu important l'éventuelle évolution de cette dernière ; en second lieu, il démontre que le domaine de la protection pénale de la propriété s'étend jusqu'aux plus éthérées des valeurs, celles qui, ne pouvant tirer de la matière le moindre caractère, ne peuvent prétendre qu'à la qualification de leur substantif.

334 Fort de ce bilan, il est notamment possible d'envisager que tout bien renferme, au moins potentiellement, une valeur d'échange. Celle-ci autorisant une utilisation plus large de la chose, principalement en inscrivant cette dernière dans l'ensemble que constituent tous les biens pécuniaires, une telle flexibilité apparaît de nature à faciliter l'application du droit pénal de la propriété.

§ 2. La valorisation des choses : la considération pénale des biens comme valeurs

335 L'INTERACTION DE LA VALORISATION ET DU DROIT PENAL. – Le « *contrôle social de la violence* » n'est peut-être pas parfaitement évolutionniste, mais il peut emprunter des formes diverses selon les sociétés⁵⁵. Or, l'une des organisations juridiques les plus rudimentaires, à savoir la vengeance réglementée, dont on s'accorde au moins à faire un « *stade néolithique du droit* »⁵⁶, repose déjà sur une évaluation et sur une équivalence, c'est-à-dire sur l'existence et l'utilisation de la valeur.

336 Ce mécanisme implique, en effet, d'évaluer l'offense afin de faire subir à son auteur une contrepartie au moins équivalente. Dans les cas les plus graves, et dans une société encore relativement « primitive », le principe d'équivalence n'est qu'une limite, celle du talion : « *Œil pour œil, dent pour dent* », mais pas de surenchère. Si le dommage est moindre, dans un premier temps, puis, dans un second temps, dans un système au sein duquel la vengeance est entièrement commutée, l'évaluation démontre toute son utilité ; l'appauvrissement subi par la victime ou, de façon plus générale, n'importe quel type de préjudice, peuvent ainsi être

⁵⁵ Voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006 (2^{ème} éd.), n° 1, p. 13-15, et n° 8 et s., p. 26 et s.

⁵⁶ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 89.

compensés en nature, mais aussi en argent, par le biais d'un équivalent monétaire. C'est le mécanisme de la composition pécuniaire, « *qui marque le passage de la relation d'adversité à la relation d'échange* »⁵⁷. L'obligation pour la victime de l'accepter constitue alors la véritable première expression d'un droit pénal⁵⁸. Toutefois, le droit ne devient proprement « pénal » qu'à partir du moment où il suppose d'authentiques « peines ». Il n'empêche pourtant que, même sous cette forme achevée, la valorisation continue à jouer un rôle fondamental. Outre que le droit pénal dote continuellement chacun des intérêts qu'il protège – ainsi que les supports qui les représentent – d'une valeur juridique puissante, procédant donc préalablement à une évaluation et mettant ainsi fin à une équivalence, sa mise en œuvre nécessite bien souvent le recours à la valeur, particulièrement en matière de propriété.

337 Dès lors, participant de la valorisation et utilisant la valorisation, le droit pénal permet, dans un échange mutuel, de mieux la comprendre (A), tout en la mobilisant de façon récurrente dans son application (B).

A. L'utilité du droit pénal pour la compréhension de la valorisation

338 LA VALEUR D'USAGE COMME UNIQUE CAUSE VÉRITABLE DE L'APPROPRIATION D'UNE CHOSE. – Il ne sera question, à travers ces rapides développements, que de préciser ce qui précède. Le marché n'apparaît pas comme une fatalité pour l'ensemble des objets de propriété. Certains biens ont, en effet, une valeur qui ne prendra jamais un aspect dynamique, qu'ils soient extracommerciaux de fait, en raison de leur trop faible, voire inexistante valeur d'échange, ou qu'ils le soient de droit, sur le fondement de l'article 1128 du Code civil et des différentes règles, principalement pénales, qui appuient cette dernière disposition⁵⁹. Ainsi, une lettre missive, par exemple, ou encore un chèque non signé n'ont, en principe, aucune valeur d'échange autre que potentielle. Ils n'en restent pas moins des biens, même antérieurement à l'éventuelle révélation d'une telle valeur, et sont protégés, à ce titre, par l'incrimination de

⁵⁷ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 1, p. 14.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ On ne peut ainsi, sous peine de sanctions pénales, organiser le commerce de marchandises contrefaites : v. art. L. 335-2, al. 3, C. propr. intell., en vertu duquel « *seront punis [d'une peine] le débit, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaisants* ». De façon plus notoire, en matière de stupéfiants : v. art. 222-34 C. pén., selon lequel « *le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7500000 euros d'amende* » ; et v. art. 222-35 et s. C. pén.

vol⁶⁰. Dans une optique comparable, si une marchandise contrefaite « *ne peut faire l'objet d'une vente* »⁶¹, ne représentant donc pas une chose dans le commerce, elle demeure malgré tout susceptible, au même titre que les biens qui précèdent, d'être l'objet d'une soustraction frauduleuse⁶². La simple existence d'un contentieux pénal concernant la préservation de tels biens démontre qu'ils ont, malgré leur extracommercialité, une valeur qu'une personne cherche à s'appropriier et qu'une autre, en réaction, réussit à défendre. Cette valeur ne peut être que la valeur d'usage, c'est-à-dire celle qu'ils tirent de leur utilité.

339 Il n'y aurait, dans cette affirmation, rien de véritablement inédit, si elle ne contribuait finalement pas à rétablir l'ordre des valeurs. Il a déjà été précisé, effectivement, que l'une des interprétations envisageables de la prise en compte, par le droit pénal, de choses économiques abstraites est que leur valeur d'usage consiste en leur valeur d'échange. C'est le cas des créances, surtout, dont l'utilité prend la forme de la certitude d'un échange prochain contre de l'argent. Il est donc nécessaire, désormais, de consolider cette hypothèse, puisqu'il appert que la valeur qui justifie l'appropriation d'une chose ne correspond pas, en réalité, à celle du bien qu'elle deviendra, ni à celle de la marchandise qu'elle finira peut-être par représenter.

340 En effet, la valeur d'un bien n'est, dans un premier temps, pas la valeur d'une chose : une chose est appropriée parce qu'elle présente une valeur – d'usage ou d'échange –, mais l'appropriation fait d'une chose une autre valeur, plus objective, en la convertissant en bien. Les valeurs d'usage et d'échange sont nécessairement subjectives : si elles se fondent toutes deux sur l'utilité, qui est une qualité de la chose et, en cela, qui partage l'objectivité de cette dernière, c'est, plus justement, le jugement porté par une personne sur cette qualité qui fait de la chose un bien. Ces valeurs sont, ainsi, tout aussi subjectives qu'indéterminables⁶³. Tel n'est pas le cas, en revanche, de la valeur conférée par l'appropriation, essentielle puisque justifiant seule la protection pénale, ni de la valeur potentiellement tributaire de la mise dans le commerce postérieure des biens alors consacrés. C'est pourquoi, en définitive, la valeur de la chose ne peut être que celle qui partage la subjectivité de l'utilité, c'est-à-dire la valeur d'usage, même lorsque celle-ci n'a pu prendre la forme que d'une valeur d'échange. Ce qui fonde donc l'intervention du juge pénal, en la matière, est uniquement, à ce stade du moins, la

⁶⁰ V. par ex., pour une lettre missive, Cass. crim., 30 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 381 ; pour un chèque de voyage non signé par son bénéficiaire, recelé après un vol, Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403.

⁶¹ Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 147 ; *RTD civ.*, 2004, p. 117 et s., note T. REVET ; *LPA*, 28 mai 2004, n° 107, p. 13 et s., note E. TRICOIRE.

⁶² V. Cass. crim., 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148. *Adde* Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340 : « *la circonstance que la chose qui aurait été soustraite serait une marchandise illicite et hors commerce, est sans influence sur la qualification de vol* ». – V. *infra*, n°s 652 et s.

⁶³ V., en ce sens, L. LAVELLE, *op. cit.*, t. II, p. 96.

valeur d'usage d'une chose, et son concours dote celle-ci d'une valeur plus objective, lorsqu'il en fait un bien.

341 LE CANTONNEMENT DE LA VALEUR D'ÉCHANGE COMME TECHNIQUE D'APPREHENSION DES BIENS.

– Dans un second temps, postérieurement à la standardisation que représente, déjà, la qualification d'une chose en bien⁶⁴, soit après son appropriation, s'opère souvent une seconde homogénéisation, par le truchement du marché. En faisant de la plupart des objets d'utilité des « *porte-valeur* »⁶⁵, en effet, l'organisation d'un système basé sur l'échange démontre que la majorité des biens ont pour trait commun d'y être aisément accessibles⁶⁶, ce caractère les dotant alors d'une autre valeur, qui trouve son épanouissement dans l'ordre monétaire⁶⁷. En conséquence, même si cette valeur dite – cette fois proprement – « d'échange » n'est plus, lorsqu'elle est appliquée, véritablement objective⁶⁸, elle autorise cependant, d'une part, la comparaison de la plus grande partie des biens, et, d'autre part, leur perception comme des objets juridiquement équivalents.

342 C'est à ce dernier titre que le droit pénal utilise la valeur. Après avoir contribué, parmi d'autres règles, à l'installer, puisque l'appropriation est le préalable nécessaire de la commercialisation, c'est donc la valeur d'échange des biens que le droit répressif mobilise lors de sa mise en œuvre. La valeur d'échange permettant une plus grande flexibilité dans le maniement des biens, qui ne sont alors plus perçus seulement en considération des spécificités des choses qu'ils constituent objectivement, elle facilite effectivement leur appréhension juridique. Principalement, elle la rend plus aisée en faisant subsister un bien, malgré sa

⁶⁴ Comp. R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n° 864, p. 668 : « *Le travail de la Révolution passera sur ses " saisines ", supprimées au profit de la notion de bien : il n'y aura plus dorénavant de pouvoirs partiels sur des choses, mais un regroupement de toutes leurs utilités concevables sous la notion juridique de bien* ».

⁶⁵ K. MARX, *op. cit.*, Livre I, sect. I, p. 50 : « *Les marchandises [...] sont deux choses à la fois, objets d'utilité et porte-valeur* ».

⁶⁶ Voir A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*, 1994, p. 805, n° 2.

⁶⁷ Le Code civil pose des règles qui autorisent l'échange direct d'un bien contre un autre bien, par exemple l'article 1407. Cependant, ce dernier prévoit une intervention monétaire et en régit les conséquences, en cas de différence de valeur entre les deux biens. Distinguer l'échange en général et l'échange monétaire garde tout de même pour vertu de marquer la dissimilitude entre la patrimonialité, domaine du pécuniaire, et la commercialité, domaine du disponible : v. *infra*, n°s 645-649.

⁶⁸ L'objectivité s'étiole eu égard à la différence entre le coût effectif de production, c'est-à-dire la somme des matériaux utilisés pour produire une chose et du coût de leur mise en valeur par une force de travail, et le prix finalement fixé, seule véritable représentation de la valeur d'échange. Le prix résulte théoriquement de la loi de l'offre et de la demande, dont les applications sont insaisissables et changeantes, et dont le déterminant fondamental est ce qu'« *un acheteur est susceptible de dépenser pour acquérir une utilité définie* » (E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, thèse, Toulouse I, 2002, n° 40, p. 56). La valeur d'échange n'est donc qu'une valeur dérivée et subjective, un simple « *signe de la valeur véritable* » (L. LAVELLE, *op.cit, loc. cit.*).

disparition ou son inexistence physique, sous la forme d'une représentation abstraite. En cela, notamment, et à l'encontre des apparences, la valeur apparaît plus utile à l'application du droit pénal, qu'elle ne la complexifie.

B. L'utilité de la valorisation pour l'application du droit pénal

343 POLITIQUE ET RESPONSABILITE PENALES ; CHOIX ET NECESSITE. – La valeur d'échange des biens se présente comme particulièrement utile au droit pénal lors de deux stades de l'office de ce dernier. Tout d'abord, en inscrivant la propriété dans le temps et dans un ensemble, c'est-à-dire en la percevant éventuellement au-delà de l'objet qui la supporte, la valeur permet au droit répressif d'intervenir malgré la disparition ou la destruction d'un bien durant le processus pénal. Ensuite, en autorisant l'évaluation des atteintes pénales et des préjudices consécutifs, elle rend possible, à la fois, une forme de répression pécuniaire et la réparation, celles-ci étant de plus en plus souvent confondues par le législateur contemporain.

344 Ainsi, la valeur d'échange sert la politique pénale, puisque le fait que la répression puisse notamment, grâce à elle, survivre à la disparition de l'objet originellement protégé, est la marque d'un choix : celui de faire prévaloir, à l'aide des techniques de la valeur, la propriété sur son objet (1). De même, la responsabilité pénale est finalement soutenue par la valeur d'échange, puisque la fongibilité des objets de propriété qu'elle provoque permet, seule, de mettre en œuvre la répression pécuniaire au-delà de la réparation, la réparation elle-même et, désormais, la répression par la réparation ; en cela, le phénomène de valorisation se présente plus comme une nécessité pour le droit pénal (2).

1. La valeur au service de la politique pénale

345 L'INSCRIPTION DE LA PROPRIETE DANS LE TEMPS. – L'absoluité de la propriété semble postuler tout autant son inscription indéfinie dans le temps, que la liberté de principe dont dispose un propriétaire dans l'utilisation de son bien. En effet, aucune règle du Code pénal ou du Code civil n'impose un terme au-delà duquel la propriété s'éteint, la prescription étant présentée par ce dernier principalement comme un mécanisme acquisitif⁶⁹, qui opère accessoirement, par souci d'efficacité, une extinction de l'action dont était titulaire le premier

⁶⁹ Art. 712 C. civ.

propriétaire⁷⁰. Celui-ci reste donc titulaire de son droit, mais il ne peut, désormais, plus s'en prévaloir. Pourtant, le droit de propriété n'est bien sûr pas inexorable, puisqu'il s'éteint certainement, par exemple, à chaque fois qu'un bien est transmis, cette transmission provoquant, concomitamment, la création d'un nouveau droit de propriété au profit de l'acquéreur⁷¹. De plus, une telle transmission n'emporte pas toujours profit pécuniaire ou contrepartie pour le propriétaire initial – autre qu'intellectuelle, du moins –, puisque ce dernier peut agir dans une intention libérale en concédant une libéralité. Ainsi, plus que d'un bien déterminé, c'est alors bien souvent d'une propriété dont il se libère, s'appauvrissant volontairement et privant, par là même, ses éventuels créanciers d'une partie de leur gage. C'est pourquoi les transmissions à titre gratuit sont régies par des règles d'exception : elles ne sont, en matière de propriété, jamais le principe, qui veut qu'un propriétaire jouisse absolument et exclusivement de sa propriété, et que seule sa responsabilité engage involontairement son patrimoine. Dans cette optique, de nombreuses règles encadrent strictement les libéralités⁷², et le fait d'organiser frauduleusement son insolvabilité pour échapper à ses créanciers est même sanctionné par le Code pénal⁷³. Partant, l'orthodoxie tend plutôt vers la continuité et la stabilité de la propriété.

346 La disparition d'un bien, qu'elle soit volontaire ou pas, provoque donc des bouleversements dans cet ordre de principe. Le propriétaire s'appauvrit, et tous les intérêts qui se fondent sur sa propriété, par exemple ceux de ses créanciers, subissent corrélativement ce dépérissement. Il est, alors, d'intérêt général que demeure ou se rétablisse cette propriété initiale ; c'est pourquoi il existe des moyens juridiques permettant de pallier la disparition d'un bien et même, au-delà, la dissipation de sa valeur.

347 Or, ceux-ci trouvent une application courante en droit pénal, ce dernier ne se contentant pas de réprimer les atteintes directement portées à un objet de propriété matériellement déterminé. Par exemple, le juge pénal n'hésite pas à recourir à la technique subrogatoire pour étendre l'assiette du recel de choses. Plus notablement encore, il qualifie de dépôt un contrat portant sur une simple valeur, afin de pouvoir sanctionner le détournement de celle-ci par le biais de l'abus de confiance. De la sorte, le juge pénal considère la propriété d'une valeur, plus que celle d'une enveloppe corporelle, et permet donc la protection du propriétaire au-delà de

⁷⁰ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 460, pp. 666-667.

⁷¹ V. art. 711 C. civ. : « *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations* ».

⁷² V. art. 893 et s. C. civ.

⁷³ Art. 314-7 et s. C. pén.

l'existence du bien ou de la possession de ce dernier. Protégeant alors plus durablement la propriété que le bien, il contribue à l'inscription de la propriété dans le temps.

348 SUBROGATION REELLE ET DROIT PENAL. – Ainsi, en premier lieu, le juge pénal recourt, alors que l'incrimination ne le prévoit pas expressément, au mécanisme de la subrogation réelle en matière de recel de choses. La subrogation réelle permet, en effet, de substituer ponctuellement un bien par un autre bien, ce dernier empruntant le régime juridique de ce premier. Dès lors, par le jeu de cette technique, une valeur remplace, au sein d'un ensemble de biens, une autre valeur, pouvant par là même prétendre à la protection dont bénéficiait la valeur de départ. Le recel autorise une application originale de la subrogation puisqu'il suppose, la plupart du temps, la détention de la chose par au moins deux personnes différentes : l'auteur de l'infraction première, puis le receleur⁷⁴. En conséquence, la chose est susceptible d'être contenue par différents patrimoines, chacune de ses détentions prêtant le flanc à son remplacement.

349 Confrontée à une telle situation, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, parfois, fait le choix le plus répressif de protéger la valeur, plutôt que l'objet originellement usurpé, en admettant que la subrogation puisse s'opérer au sein du patrimoine de l'auteur de l'infraction d'origine⁷⁵, tout autant qu'au sein de celui du receleur⁷⁶. La protection du propriétaire de la chose d'origine et, partant, de la valeur, s'étend alors durablement, puisque « *le recel ne cesse – et la prescription de l'action publique ne court – que lorsque le receleur se libère de l'objet, sans subrogation, entre les mains d'un tiers ou l'abandonne* »⁷⁷. Cette conception large de la subrogation permet donc une protection de la propriété au-delà du bien, le juge pénal relâchant le lien nécessaire entre la chose recelée et sa provenance délictueuse, afin de continuer à protéger la valeur malgré sa nouvelle incarnation. De la sorte, il participe activement à la redécouverte moderne de la subrogation réelle qui, de simple mécanisme ponctuel spécialement posé par la loi ou par la convention⁷⁸, connaît désormais une troisième

⁷⁴ V. *supra*, n° 268.

⁷⁵ V. Cass. crim., 25 juin 1969, *Bull. crim.*, n° 212 : recel de fonds provenant de la vente de titres volés ; Cass. crim., 3 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 265 : recel de lots de bétail payés par des chèques sans provision. – V. aussi, par ex., Cass. crim., 4 avr. 1962, *Bull. crim.*, n° 163.

⁷⁶ Cass. crim., 11 févr. 1964, *Bull. crim.*, n° 46 : recel de fonds provenant de la vente par le receleur de titres volés ; Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 220 : recel de fonds volés réinvestis par le receleur dans la SARL dont il est actionnaire majoritaire.

⁷⁷ P. CONTE, *op. cit.*, n° 636, p. 372.

⁷⁸ Par exemple, un bien acquis à titre onéreux à l'aide de fonds propres dans le cadre d'un régime de communauté légale peut, malgré la règle de principe posée par l'article 1401 du Code civil, faisant de chaque acquêt un bien commun, emprunter puis garder la nature juridique de son origine, en vertu des articles 1406 et

dimension purement prétorienne. En effet, dans divers arrêts, rendus principalement les quinze dernières années, la Cour de cassation utilise le mécanisme dans des cas non prévus par la loi, démontrant ainsi la potentielle généralité de sa mise en œuvre⁷⁹.

350 A l'aune de ces décisions, un principe prétorien semble alors se dégager : le prix et l'indemnité d'une chose ont, juridiquement, toujours vocation à la remplacer. Sa théorisation est d'ailleurs, preuve de sa cohérence, aisément formulable, et a justement été formulée : « Dès lors qu'une chose constitue la contre valeur d'une autre chose, elle a vocation à la remplacer en fait et en droit »⁸⁰. Logique, équitable et techniquement satisfaisante⁸¹, la subrogation réelle repose donc sur l'équivalence objective entre deux valeurs. Plus concrètement, cela signifie que, pour le recel de choses, rien n'empêche que le mécanisme s'opère à différentes reprises, par exemple si le produit de la vente de la chose volée est utilisé pour acquérir un autre bien⁸². Le législateur en a d'ailleurs pris acte, puisqu'en incriminant généralement le blanchiment, c'est en réalité, la plupart du temps, l'organisation frauduleuse d'une mécanique subrogatoire qu'il réprime : l'auteur de l'infraction première souhaite récupérer la valeur procurée par celle-ci, mais après épurement de sa coloration pénale, donc sous une forme différente⁸³. De plus, l'infraction suppose fréquemment l'intervention de différentes subrogations⁸⁴.

1434 du susdit Code; il sera donc, juridiquement, un bien propre. De même, l'indemnité d'assurance d'un immeuble incendié est attribuée, en vertu de l'article L. 121-13 du Code des assurances, au créancier bénéficiaire d'une hypothèque sur cet immeuble ; l'indemnité remplacera donc l'immeuble dans le patrimoine du créancier.

⁷⁹ Par exemple, le bénéficiaire d'une attribution préférentielle a, selon elle, droit au prix de la vente, pendant les opérations de partage, du bien attribué ; en l'espèce, le prix remplace la chose : v. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, *Bull. civ. I*, n° 118 ; *RTD civ.*, 1992, p. 791, obs. F. ZENATI. De même, selon la Cour de cassation, une indemnité de jouissance peut entrer indirectement dans le champ d'application de la prescription quinquennale de l'ancien article 2277 du Code civil, car celle-ci constitue le substitut des loyers qu'elle remplace, ces derniers entrant seuls directement dans le champ d'application de l'article ; en l'espèce, l'indemnité remplace la chose : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 160 ; *RTD civ.*, 1999, p. 868, obs. F. ZENATI.

⁸⁰ F. ZENATI, *RTD civ.*, 1995, p. 652. – Ainsi, une prime, n'ayant aucun caractère indemnitaire et n'étant pas la représentation pécuniaire d'une chose, ne peut la substituer par subrogation : v. Cass. civ. 3^{ème}, 12 oct. 1994, *Bull. civ. III*, n° 180 ; *RTD civ.*, 1995, p. 651-652, obs. F. ZENATI. En effet, elle ne représente pas la valeur de la chose, et ne vise en réalité qu'« à récompenser une action ou y inciter » : v. F. ZENATI, *op. cit.*, p. 652.

⁸¹ V. par ex. H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.*, 1919, p. 385. – Adde M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, coll. Bibl. de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, Sirey, 1954 ; R. SALEILLES, *S.*, 1894, 2, p. 185 et s. et *S.*, 1903, 1, p. 321 et s. ; R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. crit.*, 1901, p. 236 et s.

⁸² En ce sens, P. CONTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸³ Même s'il ne peut s'agir, par exemple, que d'aider à « justifier mensongèrement » l'origine des biens ou des revenus de l'auteur de l'infraction première : v. *supra*, n° 285.

⁸⁴ V., par ex., Cass. crim., 29 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 98 : commet un blanchiment la personne qui reçoit d'un trafiquant de stupéfiants des sommes d'argent à titre de prêt, les utilise pour se rendre acquéreur de voitures d'occasions, puis reverse au frère du trafiquant une partie du produit de la vente de ces dernières, à titre de remboursement.

351 FONGIBILITE ET DROIT PENAL. – En second lieu, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt important du 30 mai 1996, sanctionné le détournement de valeurs mobilières, soit de biens fongibles, par les dirigeants d'une société de bourse chez qui elles avaient été déposées⁸⁵. Ces derniers avaient, en effet, disposé de certains titres confiés à la société, sans pour autant s'assurer qu'ils pourraient s'acquitter, à tout moment, de son obligation de restitution. Ils n'avaient donc pas, en tant que représentants de la société, respecté le contrat de dépôt qui liait celle-ci aux propriétaires des valeurs, commettant certainement un abus de confiance.

352 *A priori* logique, la solution a toutefois étonné, en raison avant tout de la particularité de l'objet du contrat. Le dépositaire pouvait, en l'espèce, disposer des titres litigieux, car ceux-ci constituaient des biens fongibles. Plus encore, c'était même précisément de la sorte qu'il se devait d'en user, afin d'assurer l'obligation qui pesait sur lui de « *conservation de la valeur qui les habit[ait]* »⁸⁶. Par conséquent, la situation présentée était fort proche de celle mise en place lors d'un prêt de consommation qui, selon la Cour de cassation, transfère la propriété des fonds à l'emprunteur et paralyse, par là même, l'application de l'abus de confiance⁸⁷. Cependant, le dépôt n'était, en l'occurrence, assurément pas irrégulier, puisque le détenteur se devait de « *conserver la valeur du dépôt en renouvelant, tel le quasi-usufruitier, l'assiette de son droit* »⁸⁸. Le détenteur était alors tenu de garantir la contrepartie de chacune de ses dispositions des biens confiés ; à aucun moment il n'en avait la libre disposition⁸⁹. A l'évidence, l'objet du dépôt n'était donc pas ce qui était voué à être remplacé, c'est-à-dire les

⁸⁵ *Bull. crim.*, n° 224. V. *RJDA*, 1996, p. 728 et s., concl. J.-P. DINTILHAC ; *RTD civ.*, 1998, p. 137 et s., obs. F. ZENATI ; *LPA*, 18 nov. 1996, n° 139, p. 7 et s., note C. LASSALAS.

⁸⁶ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempyscose de la valeur) », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, n° 33, p. 633.

⁸⁷ V., par ex., Cass. crim., 31 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 189 : « [...] le prêt d'une somme d'argent, ou une ouverture de crédit, même consentie à des fins convenues, constitue un prêt de consommation, qui ne figure pas parmi les contrats limitativement énumérés à l'article 408 du Code pénal » ; Cass. crim., 5 mai 1999, inédit, pourvoi n° 98-82043 (application de l'article 408) ; Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n° 48 ; Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 194. – V. *supra*, n° 182 ; *infra*, n°s 600 et s.

⁸⁸ F. ZENATI, *op. cit.*, n° 33, p. 632.

⁸⁹ C'est la différence principale avec la situation, plus proche encore, du compte à terme, qui permet au banquier de disposer librement des fonds remis jusqu'à une échéance fixe : v. Cass. crim., 28 janv. 1991, *Bull. crim.*, n° 42 : « Le compte à terme, qui permet au banquier de disposer librement des fonds remis, à charge pour lui de restituer à l'échéance fixée une somme équivalente augmentée, le cas échéant, des intérêts stipulés, est exclusif de toute notion de mandat et s'analyse en un contrat de dépôt irrégulier qui n'entre pas dans les prévisions de l'article 408 du Code pénal ».

valeurs mobilières⁹⁰, mais bien la valeur seule qui, au-delà de ses supports, avait été remise et qui, par-delà ses supports, aurait dû être restituée.

353 Il ressort donc de cet arrêt que, pour l'abus de confiance comme pour le recel, l'objet protégé peut être une valeur indépendamment de son support, ce qui démontre bien que la propriété résiste parfois à la disparition et au remplacement du bien qui la fondait originellement.

354 L'INSCRIPTION DES OBJETS DE PROPRIÉTÉ DANS UN ENSEMBLE, PLUTÔT QUE DANS UN ESPACE. – L'inscription de la propriété dans le temps implique, parfois, de dépasser la durée de l'appropriation d'un bien déterminé, pour ne retenir que celle, plus longue, de l'appropriation de sa valeur. Ainsi, au cours de l'existence de cette valeur peuvent intervenir différents supports, sans que la valeur de l'objet de propriété ne varie pourtant de façon notable. Le temps de la valeur semble d'ailleurs même surpasser la vie d'un homme : le droit des successions ne constitue-t-il pas, en un sens, le droit de la survie de la propriété au-delà de la mort d'un propriétaire ? Dès lors, pour bien comprendre l'utilité juridique du concept de valeur, il apparaît nécessaire de retenir une analyse percevant, en chaque propriété, une valeur plutôt qu'un bien, la valeur subsumant ainsi le bien puisque, même lorsque celui-ci disparaît, celle-là est susceptible de demeurer. Le point de rattachement de la valeur ne paraît donc plus être le bien pris isolément ; seul le lien qui unit la valeur à la personne demeure vraiment durant tout ce temps, c'est-à-dire la propriété.

355 Le dépassement de l'individualité d'un bien est particulièrement marquant en matière de fongibilité. En effet, la fongibilité est un rapport d'équivalence « *dont il résulte que plusieurs biens peuvent indifféremment répondre à une utilité* »⁹¹. De la sorte, des choses appropriées différentes « *peuvent être données l'une pour l'autre* »⁹², à tel point qu'il devient parfois difficile de les distinguer. Lorsque plusieurs d'entre-elles se retrouvent en contact au sein d'un ensemble, surtout, il devient quasiment irréalisable, sauf à avoir dressé un inventaire préalable, de particulariser chacun des rapports d'appropriation. Dans un tel cas de figure, c'est alors finalement à travers une quantité, c'est-à-dire sous le rapport de leur valeur globale, que ces biens vont exister socialement, soit que celle-ci soit clairement réifiée, formant ainsi une universalité⁹³, soit que ce lien nécessaire soit plus implicite, provoquant

⁹⁰ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Bull. civ.* I, n° 315 ; *RTD civ.*, 1999, p. 422 et s., obs. F. ZENATI ; *D.*, 1999, juris. p. 167 et s., note L. AYNES : l'objet de l'usufruit est, en l'espèce, un portefeuille de valeurs mobilières, la gestion de ce dernier autorisant la cession de titres, sous condition de leur remplacement.

⁹¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 158, p. 246.

⁹² R. LIBCHABER, *Rep. civ. Dalloz*, V° Biens, n° 31, p. 7.

⁹³ V. Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, préc.

inéluçtablement des incertitudes au sein de la technique contractuelle, mais n'empêchant pas pour autant sa mise en œuvre⁹⁴.

356 Par conséquent, à condition que la valeur initiale soit connue, rien n'empêche vraiment le droit pénal de protéger des biens fongibles sans passer par la technique de l'universalité, ce qui serait d'ailleurs, au regard de la définition de cette dernière⁹⁵, souvent artificiel. C'est pourquoi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans différents arrêts, sanctionné l'appropriation frauduleuse de biens fongibles. Par exemple, commet un vol l'employé qui soustrait une partie des marchandises appartenant à son employeur, une telle condamnation pouvant même fonder l'action en revendication consécutive de l'employeur contre le tiers qui les a acquises⁹⁶. De même, commettent un abus de confiance les dirigeants d'une société qui détournent des valeurs mobilières⁹⁷, et commet une escroquerie celui qui élabore et utilise de faux documents comptables et de fausses factures, afin d'obtenir d'une banque une ligne Dailly⁹⁸. Enfin, il y a, selon la Cour de cassation, recel à présenter à l'encaissement des chèques reçus d'un délinquant alors que, dans un tel cas, la fongibilité empêche pourtant de connaître l'origine exacte, éventuellement non délictueuse, des sommes ainsi prélevées⁹⁹.

357 Ces solutions démontrent, outre l'évidente prise en compte par le droit pénal de la fongibilité, que la valeur des biens autorise et provoque leur assimilation au sein d'un ensemble. Toutefois, survivant finalement à leur disparition, elle permet surtout à un propriétaire de prouver que son droit a une véritable assiette, celle-ci étant potentiellement située dans son patrimoine et suffisant à fonder son action civile en cas d'atteinte. En effet, dans chacune de ces décisions, la Cour de cassation a davantage insisté sur l'existence d'un préjudice puis sur son étendue en valeur¹⁰⁰, que sur la détermination précise des biens frauduleusement appropriés. Contre toute attente, il appert donc que la valeur facilite, à double titre, l'application de la loi pénale : elle révèle, tout à la fois, l'effet de l'atteinte et, rétrospectivement, l'existence de cette dernière, et son objet, c'est-à-dire une propriété.

⁹⁴ V. par ex., pour le contrat de dépôt, R. LIBCHABER : « Le dépôt d'instruments financiers », *Dr. et patr.*, mai 2000, n° 82, p. 89 et s.

⁹⁵ V. *infra*, n° 584.

⁹⁶ Pour un vol de luzernes, v. Cass. crim., 17 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 351, et, pour une revendication de luzernes suite à leur vol, v. Cass. civ. 1^{ère} 7 févr. 1989, *Bull. civ. I*, n° 57.

⁹⁷ Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

⁹⁸ Cass. crim., 3 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80979.

⁹⁹ Cass. crim., 3 août 1935 ; *D.*, 1937, 1, p. 94 et s., note G. LÉLOIR. Voir P. CONTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁰ Sur la notion de préjudice en droit pénal de l'immatériel, v. *infra*, n°s 686 et s.

2. La valeur au service de la responsabilité pénale

358 LA NECESSITE DE LA VALEUR : UNE EXPRESSION PECUNIAIRE DE LA RESPONSABILITE. – Le contenant traditionnel des biens est, logiquement, également celui des valeurs, c'est-à-dire le patrimoine. Plus encore, en considération de l'existence de biens extrapatrimoniaux, le patrimoine contient, plus pertinemment, exclusivement des valeurs. Pour cette raison, il constitue le gage commun des créanciers¹⁰¹ et, en cela, représente l'une des pierres angulaires de la personnalité juridique.

359 En effet, tout sujet de droit possède un patrimoine, conséquence logique de son aptitude à posséder, et tout sujet de droit conserve ce patrimoine, condition nécessaire de son aptitude à s'engager. L'aspect fonctionnel du patrimoine ne concerne donc que ce dernier versant de la personnalité juridique, le premier ressortant plutôt à la propriété¹⁰². L'aptitude à s'obliger, outre son aspect personnel évident, prend presque toujours, directement ou indirectement, le patrimoine comme support : qu'il s'agisse de grever un bien ou de répondre de ses faits, c'est le patrimoine qui est, en définitive, engagé¹⁰³. C'est pourquoi sa composition « traduit la liberté et la responsabilité de chacun dans l'ordre pécuniaire »¹⁰⁴ et, plus largement, dans l'ordre juridique. Les valeurs qui composent le patrimoine peuvent circuler vers d'autres patrimoines, permettant ainsi à leur propriétaire d'exister juridiquement, soit qu'il ait la volonté de cette circulation, soit qu'il réponde de ses actes par cette circulation, soit encore qu'un autre force cette circulation. Dans chacune de ces sollicitations de la valeur, le droit pénal est présent, au moins en latence.

360 Les circulations volontaire et involontaire de valeurs s'inscrivent essentiellement au sein de l'étude de la constitution des infractions contre la propriété, et apparaissent d'ailleurs comme un critère pertinent de systématisation de ces dernières¹⁰⁵. C'est alors, désormais, à travers la seule responsabilité pénale qu'il convient d'envisager l'utilité de la valorisation.

¹⁰¹ Art. 2284 C. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » ; art. 2285 C. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers [...] ». – Sur la notion de patrimoine en droit pénal, v. *infra*, n^{os} 563 et s.

¹⁰² V. notam., en ce sens, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 667 ; F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 2003, p. 673 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 457 et s. Pour ce dernier auteur, même le versant passif de la personnalité juridique participe fondamentalement de l'idée de propriété : v. p. 462. – *Adde* F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n^{os} 106 et s., p. 113 et s., et n^{os} 228 et s., p. 189 et s.

¹⁰³ F. ZENATI-CASTAING, *ibidem*.

¹⁰⁴ C. ATIAS, *Les biens*, Litec, 2007 (9^{ème} éd.), n^o 14, p. 10.

¹⁰⁵ V. *supra*, n^{os} 178-180.

361 L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil pose pédagogiquement, et presque exhaustivement, que l'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Seul le fait personnel peut, en principe, conduire le responsable à subir une peine, c'est-à-dire une mesure répressive personnelle, afflictive et infamante ; c'est la responsabilité pénale. Dans un premier temps, il semble que la valeur n'intéresse le droit pénal que de façon accessoire, puisque c'est pour la fonction réparatrice qu'elle apparaît la plus utile. En effet, la réparation a pour objet le rétablissement du *statu quo ante*, celui qui existait avant la réalisation du dommage, et prend nécessairement, sauf exceptions, une forme pécuniaire. Les réparations en nature sont rares, soit qu'elles soient impossibles, soit qu'elles heurtent le principe *nemo praecise cogi potest ad factum*¹⁰⁶. Le principe est donc, selon l'article 1142 du Code civil, la réparation par équivalent : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Le responsable d'un dommage devient débiteur d'une obligation de somme d'argent, d'une « dette de valeur », celle-ci quittant son patrimoine pour enrichir le patrimoine de la victime du dommage, créancier de l'obligation¹⁰⁷. Ainsi, c'est le patrimoine d'une personne qui lui permet d'être civilement responsable¹⁰⁸.

362 Dans un second temps, toutefois, bien que cette fonction réparatrice acquière, en droit pénal, de plus en plus d'importance au fil des réformes¹⁰⁹, la valeur intervient également au stade de la répression pure. Elle rend, effectivement, possible l'existence de peines pécuniaires, la souffrance imposée à l'auteur reconnu coupable d'une infraction prenant alors la forme de l'amputation d'une partie du contenu de son patrimoine. La peine d'amende, affirmée ou

¹⁰⁶ Nul ne peut être contraint à faire quelque chose.

¹⁰⁷ La valeur se calque alors sur le préjudice, les principes gouvernant son évaluation étant ceux, corrélatifs, de l'adéquation entre la réparation et le préjudice, et de la réparation intégrale. Aussi la loi encadre-t-elle avec précision cette évaluation : les juges du fond l'apprécient souverainement, non pas au jour de la réalisation du dommage, mais au jour du jugement de condamnation, voire plus tard. Ainsi, ce n'est qu'à ce jour que la valeur due est déterminée, et ne doivent être réparés que les éléments de préjudice qui subsistent alors. Seule la valeur permet d'établir une équivalence généralisée permettant notamment de comparer un préjudice et une réparation, puis de compenser objectivement le préjudice par la réparation ; elle est donc nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité civile.

¹⁰⁸ Ce qui, dans une certaine mesure, pourrait conduire à considérer comme irresponsables les insolubles : v. E. LEVY, *La vision socialiste du droit*, coll. Internationale des Juristes Populaires, Ed. Marcel Giard, III, 1926, *passim*.

¹⁰⁹ Par exemple, la réparation est, depuis la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 « *renforçant l'efficacité de la procédure pénale* », à la fois l'un des buts et l'une des modalités des mesures alternatives aux poursuites : v. art. 41-1 C. proc. pén. Plus notablement encore, l'article 131-8-1 du Code pénal, tel qu'issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « *relative à la prévention de la délinquance* », pose que la nouvelle peine correctionnelle de « sanction-réparation » (*sic*) « *consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder [...] à l'indemnisation du préjudice de la victime* ». – Adde B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 42, LGDJ, 2007.

dissimulée sous un euphémisme¹¹⁰ ou, de façon plus diffuse, l'obligation de fermer un établissement, voire la simple publication d'un jugement de condamnation, supposent ou présument une atteinte au patrimoine du délinquant. Qu'il s'agisse ainsi du versement direct d'une somme d'argent, ou de la concession d'un manque à gagner certain, c'est en terme de valeur perdue qu'il convient de raisonner. Et, même si ces sanctions n'offrent pas au droit répressif une marque aussi spécifique que celle d'une privation de liberté, l'amende reste de loin la peine la plus prononcée, symbolisant par là même l'action du droit pénal.

363 LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DE LA VALEUR. – La valorisation des objets de propriété est un processus à la fois inexorable et nécessaire pour le droit, même lorsque l'on considère seulement ses aspects les plus répressifs. En cela, ce phénomène est régi par des règles juridiques, notamment pénales. La valeur composant l'essence de la plupart des biens, une telle prise en compte par le droit pénal est un phénomène logique et justifié. Toutefois, la valeur représentant surtout le bien le plus dématérialisé, ou tout bien dont l'identité s'efface mais dont l'appropriation demeure, elle n'apparaît pas, en tant que telle, suffisamment déterminée pour être l'objet d'une véritable propriété. Comment, en effet, justifier l'appropriation d'une chose qui ne suffit pas à se révéler et, sur cette base, comment envisager sa circulation juridique ? De même, comment admettre qu'elle soit protégée par le droit pénal, dont les exigences de précision, notamment, innervent chacune des manifestations ?

364 Après avoir étudié et tiré les conséquences de la possibilité d'une considération pénale de la valeur comme un bien autonome, il faut donc maintenant s'intéresser aux modalités d'une telle prise en compte, principalement la nécessité de son incarnation.

¹¹⁰ Une « amende de composition » est une mesure alternative aux poursuites prévue par l'article 41-2 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire, selon le Conseil constitutionnel, qu'il ne devrait pas s'agir d'une peine. V. déc. n° 95-360 DC du 2 fév. 1995, cons. n° 6 : se prononçant sur l'injonction pénale, le Conseil précise que ces mesures « peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; [...] dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ; [...] le prononcé et l'exécution de telles mesures [...] ne peuvent [...] intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement [...] ». Mais la composition pénale, support d'une telle amende, est une injonction pénale soumise à la validation d'un juge. Sous cette seule garantie, elle est publiée au casier judiciaire, et éteint l'action publique si elle est exécutée : v. art. 41-2 C. proc. pén. C'est donc une peine.

Section II. LA PRISE EN COMPTE PÉNALE DE LA VALEUR COMME UN BIEN INCARNE

365 LA STRUCTURE DES MOUVEMENTS DE VALEUR. – Si le principe de la valorisation réside dans la constance de la valeur, son but est l’instauration d’un échange. La valeur constituant un objet de propriété, il participe notamment de la fonction du droit pénal d’assurer, malgré son dynamisme recherché, sa stabilité nécessaire.

366 Tout un réseau de biens est mis en place pour assurer la circulation de la valeur. A défaut d’incarnation, en effet, c’est-à-dire sans représentation par le biais d’un support, la valeur, simple entité abstraite, reste indistincte et inaccessible. Par cette dernière opération, elle se discrimine des autres valeurs contenues par le patrimoine, et peut alors valablement être l’objet d’une obligation spécifique. Cette incarnation emprunte différentes formes, étroitement tributaires de l’objet considéré. S’il s’agit d’une chose corporelle, la valeur s’incarne par le simple rétablissement des caractères de la chose, c’est-à-dire par son individualisation¹¹¹. S’il s’agit d’une chose incorporelle, son incarnation prend aussi la forme d’une individualisation, mais celle-ci est alors rendue plus difficile par l’absence de support matériel. Le bien doit, ainsi, pouvoir apparaître aux tiers, puis être transféré du patrimoine du débiteur à celui de son créancier. Il faut donc qu’il se matérialise durablement, de son transfert, par l’entremise d’un instrument, à sa réception, au sein d’un autre patrimoine. Ces opérations peuvent, d’ailleurs, s’opérer à travers un support unique : la mobilisation d’un bien incorporel, en assurant sa représentation par le biais d’un meuble¹¹², permet tout à la fois de le matérialiser et d’en assurer la circulation. C’est le cas, par exemple, des valeurs mobilières, biens incorporels mobilisés par détermination de la loi.

367 Lorsque le bien incorporel est mobilisé, les transferts de propriété du meuble représentant et de la valeur représentée s’opèrent concomitamment ; lorsque le bien est véhiculé par un instrument, il y a transfert de propriété de la valeur, mais pas nécessairement de l’instrument, qui reste alors le propre du propriétaire initial ; enfin, lorsque le bien est communiqué, la

¹¹¹ Ce rétablissement s’opère soit par l’individualisation de la chose, c’est-à-dire par la désignation de la chose en sa qualité, si c’est un corps certain, soit, si c’est une chose de genre, par l’individualisation d’un ensemble, c’est-à-dire par une catégorisation consistant en la désignation de la chose en sa quantité, au sein d’autres choses qualitativement comparables.

¹¹² Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Mobilisation : « 1. Opération préparant la circulation d’une créance à terme par sa représentation dans un effet de commerce (*lettre de change, facture protestable, etc...*) [...] ; 2. Opération réalisant le transfert au comptant d’une créance à terme par la négociation d’un effet de commerce » (nous soulignons).

propriété du support est, généralement, déjà celle de l'acquéreur. Le commerce des valeurs génère donc un ensemble complexe de biens et d'appropriations qu'il faut encadrer.

368 L'ENCADREMENT DES MOUVEMENTS DE VALEUR PAR LE DROIT PENAL. – La protection pénale de la propriété est polymorphe, la diversité des incriminations qui l'assurent la rendant parfaitement adaptable, tant à une propriété statique, qu'à une propriété dynamique. Si, par exemple, le vol ne sanctionne que l'atteinte à une chose dont le maître n'a pas souhaité la circulation, l'abus de confiance, au contraire, défend celui qui a volontairement porté son bien dans la sphère sociale¹¹³. S'ajoute à cela que le droit pénal, qui préserve toute « chose d'autrui » ou encore tout « bien quelconque », ne distingue pas selon l'utilité ou la valeur de l'objet qu'il protège. C'est pourquoi il s'avère parfaitement apte à encadrer les mouvements de valeur. Certaines choses ne tirent leur utilité, en effet, qu'en ce qu'elles autorisent un tel processus, c'est-à-dire extrinsèquement. La valeur véhiculée, à l'inverse, ne tire son utilité qu'en elle-même, c'est-à-dire intrinsèquement. Or, toutes autant qu'elles sont, simplement parce qu'elles constituent des biens, peuvent être préservées par le droit pénal.

369 Toutefois, chaque sanction pénale nécessitant la caractérisation préalable d'une infraction, il faut notamment, avant d'opérer la répression, attribuer à chacun le sien, c'est-à-dire poser qui est propriétaire de quoi, en faisant particulièrement attention aux transferts de propriété. Le problème du moment de l'appropriation se révèle, en effet, parfois très accru en droit pénal, par exemple lorsqu'il s'agit d'une infraction commise dans un magasin en libre service¹¹⁴, ou lorsqu'un salarié a créé des valeurs dans le cadre d'un contrat de travail¹¹⁵. Dans ces situations, de la détermination de la propriété peut se déduire l'application des règles pénales.

370 En enchevêtrant les choses et les propriétés, le processus de valorisation rend donc nécessaire l'établissement précis de la nature juridique de chaque chose et de la teneur de son appropriation : approprier un support, ce n'est pas approprier la valeur à laquelle il permet

¹¹³ Certains auteurs précisent ainsi que l'incrimination d'abus de confiance, notamment, assure tout autant (voire plutôt) la protection du contrat que celle de la propriété : v., pour le Code pénal de 1810, J. LEAUTE, « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243 et s. ; « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », in *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1966, p. 225 et s. ; pour le Code pénal de 1992, C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 303 et s. – V. *infra*, n^{os} 707 et s.

¹¹⁴ V., par ex., D. VEAUX, « Vol et transfert de propriété », *Mélanges P. Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 351 et s.

¹¹⁵ V. Cass. crim., 23 déc. 1957, *Bull. crim.*, n^o 880 ; Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : dans ces deux arrêts, à presque cinquante années d'intervalle, et selon des qualifications différentes (vol et abus de confiance), un salarié est condamné pour s'être approprié un ou plusieurs projets conçus dans le cadre de son contrat de travail.

d'accéder. Ce n'est, alors, qu'une fois les propriétés attribuées, qu'il apparaît clairement que le droit pénal protège tout autant la valeur (§ 1), que ses différents supports (§ 2).

§ 1. L'indépendance existentielle de la valeur : la protection pénale de la valeur *per se*

371 UNE INDEPENDANCE POSSIBLE. – La nécessité d'un réseau de biens pour appréhender juridiquement la valeur est de nature à remettre en cause l'indépendance de cette dernière. En effet, puisque différentes choses tangibles interviennent inéluctablement lors de son parcours, ne suffit-il pas, pour protéger la valeur, de préserver ses supports de toute atteinte ? N'est-ce pas d'autant plus préférable que le droit pénal semble s'accommoder plus aisément de ce qu'il peut saisir immédiatement ? Concevable, cette conception constitue cependant une régression par rapport à la théorie générale des biens, en vertu de laquelle, notamment, « *il peut exister entre des biens un lien de solidarité* »¹¹⁶ qui, sans conduire à leur assimilation, leur garantit « *une destinée commune* »¹¹⁷. Il reste alors, pour la valeur, à établir précisément quel est ce lien.

372 A cette fin, le contentieux de la protection pénale de l'information représente un laboratoire idéal : non seulement, l'information est prise en compte par le droit pénal parce qu'elle a une valeur, mais surtout, elle partage l'incorporalité de sa valeur, nécessitant elle aussi des supports et des instruments pour apparaître et circuler. Or, à l'étude, il apparaît que le lien qui unit l'information à ses choses satellites est un lien de représentation. Par conséquent, la valeur, à l'instar de l'information, constitue le bien principal d'un réseau contenant d'autres biens accessoires, propres à la servir.

373 UNE INDEPENDANCE CERTAINE, BIEN QUE CONDITIONNEE ET LIMITEE. – Toutefois, la surabondance des supports peut nuire à cette relation. Si la fiction de la représentation est acceptée par le droit pénal, qui compose pourtant par préférence avec la réalité, c'est parce qu'elle ne remplace pas cette dernière, mais se contente de l'aménager. Il en irait différemment, en revanche, si la valeur était assimilée à l'un quelconque de ses supports, la fiction effaçant alors la réalité. Pour autant, l'intervention de plusieurs satellites est parfois, en

¹¹⁶ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 111, p. 177.

¹¹⁷ *Ibidem*.

raison de la spécificité accrue de certains biens incorporels, un mal nécessaire. Il arrive même que le législateur ait, finalement, préféré faire le choix de l'assimilation.

374 Ainsi, bien tributaire de certaines modalités (**A**), et parfois limitée par la réalité ou par la fiction (**B**), l'indépendance de la valeur paraît certaine.

A. Les modalités de l'indépendance : l'exemple de la protection pénale de l'information

375 LA PORTEE DE L'INTERROGATION : L'APPARITION DES BIENS INCORPORELS. – Le constat de l'appropriation de la valeur en tant que telle conduit, préalablement, à reconnaître son existence propre, indépendante de celle des biens qui permettent sa prise en compte juridique. Toutefois, son inaptitude à être appréhendée singulièrement, sans l'intermédiaire nécessaire d'un support, mène à l'inverse à s'interroger sur les relations entretenues entre ces deux entités juridiques, et pousse même parfois à les assimiler¹¹⁸.

376 Les biens corporels sont ceux dont la valeur réside dans la matière. Ainsi, même si, en application de certains mécanismes juridiques, la valeur peut subsister malgré la fuite de la matérialité d'un bien¹¹⁹, elles sont en l'occurrence intimement liées. La valeur est alors véritablement incorporée à la matière, mobilisée ou immobilisée, et la propriété de l'une implique la propriété de l'autre. Aussi la question de la protection de la valeur indépendamment de son support ne se pose-t-elle vraiment que pour les biens incorporels.

377 Les biens incorporels sont intrinsèquement différents des biens corporels : par définition, la cause de leur valeur ne peut être la matière. En conséquence, si cette dernière intervient malgré tout dans un domaine pour lequel elle ne contribue que négativement à la définition, ce n'est que pour porter la valeur, ou pour permettre son accessibilité, et non pour s'y amalgamer. Cette vision, d'apparence plus conforme à la réalité intuitive¹²⁰, implique, cependant, d'étudier plus en détail les rapports complexes alors entretenus entre les biens incorporels et la matière.

¹¹⁸ V. *supra*, n° 35.

¹¹⁹ V. *supra*, n°s 345 et s.

¹²⁰ Voir P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, coll. Dr. civil, Defrénois, 2007 (3^{ème} éd.), n° 205, p. 57 : « Si on veut avoir une vision vivante et réaliste du droit des biens, il est utile de distinguer les choses corporelles et les droits incorporels. Chacun sent bien que la propriété d'un fonds de terre, ce n'est pas celle d'un brevet d'invention [...] ».

378 En tant que biens, les objets immatériels, dont la valeur, obéissent au régime général de la propriété au même titre que les choses tangibles. Aussi leur appropriation génère-t-elle différents documents, généralement matériels, qui permettent tout à la fois sa preuve et son opposabilité¹²¹. Plus précisément, les biens incorporels partagent, avec les immeubles principalement, des traits communs dus à l'impossibilité physique d'un déplacement et à l'inexistence d'une attache apparente avec le propriétaire qui, en en rendant la possession peu aisée, supposent le recours à des titres, – eux-mêmes parfois dématérialisés. Ces caractères, bien que résultant de la nature des choses incorporelles, ne leur sont donc pas véritablement propres, et ne se justifient dès lors pas parfaitement dans une étude consacrée au rapport de définition qu'elles entretiennent avec la matière.

379 En conséquence, le propre de l'immatériel est ailleurs : il se situe, plus pertinemment, dans son intangibilité immédiate malgré son existence. Pour être véritablement effectif, il doit donc être rendu aux sens, c'est-à-dire apparaître à travers la matière, ou grâce à la matière. Seul ce rapport entre le bien incorporel et la matière doit, ainsi, être approfondi.

380 L'ACCESSIBILITE D'UN BIEN A TRAVERS SON SUPPORT : LA REPRESENTATION¹²². – Etymologiquement, « représenter » signifie « rendre présent »¹²³, ce que la modernité a notamment traduit, antérieurement, comme l'action de « rendre perceptible, sensible par une figure, un symbole, un signe », ou de « décrire, [et] évoquer par [...] l'écriture » et, postérieurement, comme le fait d'« être [...] l'incarnation de quelque chose », ou de

¹²¹ Voir O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 3, LGDJ, 2004, n° 26, p. 36 : la première fonction du document est la constatation, grâce à laquelle « la preuve du fait ou de la manifestation de volonté sera permise et l'information des tiers sera assurée, permettant ainsi de leur opposer la situation constatée » (l'auteur souligne elle-même). – Adde R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 33, p. 336-337.

¹²² Seconde fonction du document selon O. AUDIC : *op. cit.*, n°s 324 et s., p. 257 et s. : « Parfois, le document remplit une fonction qui va bien au-delà de la simple constatation d'une situation juridique, puisqu'il représente véritablement le bien qu'il décrit » (l'auteur souligne elle-même). V. aussi, dans le même sens, E. JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, coll. Bibl. dr. privé, t. 465, LGDJ, 2006, n°s 145 et s., p. 63 et s. V. enfin, concernant une espèce particulière de biens, P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 3, coll. Thémis, PUF, 1999, p. 134 : traitant, en matière de valeurs mobilières, de la fiction de l'incorporation du droit par le titre, l'auteur précise qu'« elle avait [...] pour but et elle eut pour effet de faire admettre l'idée que les droits de l'actionnaire ou de l'obligataire, incorporés au papier qui les représentait, seraient soumis au régime des meubles corporels » (nous soulignons). Il y a donc bien en vérité représentation, et ce n'est que fictivement qu'il y a incorporation. – *Contra*, v. notam. E. DREYER, *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, coll. Bibl. dr. privé, t. 391, LGDJ, 2003, n° 122, p. 73 : « L'information n'est pas susceptible d'appropriation pour la raison simple qu'elle n'existe pas en dehors de la forme qui l'exprime. Le document matérialise cette forme ». L'auteur précise cependant, un peu plus loin, que « certains documents [...] sont présumés en effet ne pas contenir un degré d'information suffisant », semblant ainsi rétablir le rapport d'altérité qui venait d'être dénié.

¹²³ Son origine se trouve dans le latin *repraesentare*.

« correspondre à quelque chose, [et] apparaître comme son équivalent »¹²⁴. Fondamentalement et synthétiquement, « représenter » peut donc être défini comme « représenter aux sens, d'une manière actuelle et concrète, l'image d'une chose [...] impossible à percevoir directement »¹²⁵. Ainsi posé, le lien de représentation ne paraît pas se limiter aux relations entre les personnes¹²⁶ et permet alors, notamment, de décrire et d'expliquer pertinemment les relations entretenues entre un bien incorporel et son support.

381 Ce dernier assure l'incarnation de ce premier, et apparaît conséquemment aux yeux de tous comme son équivalent ; à travers lui est, effectivement, perçu le bien incorporel. Cependant, n'en constituant en réalité que la représentation, il continue à s'en distinguer physiquement, au même titre qu'existe, par exemple, une altérité évidente entre l'incapable, ou le non-présent, et son représentant¹²⁷. Ainsi, le support matériel de l'objet incorporel ne disparaît pas en tant que bien propre, de même qu'il n'incorpore pas non plus le bien qu'il représente. Cela n'empêche, pourtant, qu'il reste nécessaire, pour disposer du bien incorporel, de disposer également de son support matériel. Simplement, par l'effet de la représentation, seul le bien représenté sera alors, à ce titre, engagé. L'indépendance est donc tout autant juridique que physique et il est possible, par exemple, de disposer du support sans engager le bien supporté. De même, – c'est le cas de figure le plus fréquent –, les deux biens peuvent être engagés en même temps, le support étant alors juridiquement sollicité selon deux titres distincts : en tant que bien représentant et au profit du bien représenté, d'un côté, et en tant que bien propre, de l'autre. Une fois de plus, une comparaison s'impose avec la représentation classique, par exemple en ce qui concerne la situation dans laquelle un époux est habilité à agir au nom de son conjoint, alors que l'acte nécessitait l'intervention personnelle des deux époux¹²⁸ : il agit alors comme représentant, mais il donne également son consentement à titre propre.

382 Le constat légal de l'indépendance entre un bien incorporel et son support n'est, de toute façon, pas inédit. Le notoire article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle pose, par

¹²⁴ *Le Petit Larousse*, V° Représenter.

¹²⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° Représenter.

¹²⁶ Même si, pour beaucoup d'auteurs, cette limite existe. La représentation est généralement définie comme « le mécanisme en vertu duquel une personne (le représentant) agit pour le compte d'autrui (le représenté), de telle sorte que les effets des actes du représentant se produisent directement sur la tête du représenté » : P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. I, LGDJ, 2007 (31^{ème} éd.), Lexique, V° Représentation.

¹²⁷ V. par ex. J. CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 27^{ème} éd. refondue, 2002), n° 169, p. 326 : la représentation est une institution « grâce à laquelle les incapables ou les non-présents peuvent faire des actes juridiques par l'intermédiaire d'autrui » (nous soulignons).

¹²⁸ En application de l'art. 219 C. civ. V., par ex., CA Paris, 16 déc. 1999, *JurisData*, n° 117344 : le conjoint du propriétaire du logement familial empêché de manifester sa volonté peut être autorisé judiciairement à le représenter en vue de disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille.

exemple, que « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* » qui le représente. Ainsi, l'auteur d'une œuvre d'art en reste toujours le propriétaire exclusif même si, l'œuvre n'étant accessible qu'à travers un support, un tiers se porte acquéreur de ce dernier. Il existe alors deux propriétaires différents, les objets de leur propriété étant corrélativement et nécessairement indépendants. Il n'empêche que, malgré cette indépendance, c'est bien toujours et perpétuellement à travers son support qu'une œuvre d'art apparaît ; il y a représentation.

383 Cette indépendance, bien qu'étant la seule à être légalement consacrée, n'a pourtant pas la portée absolue qu'on pourrait lui prêter. Pour une large part, l'objet matériel emprunte sa valeur à l'œuvre qu'il supporte, à tel point que son identité reste marquée par ce rapport plus que s'il avait, pour utilité exclusive, l'incarnation sensible de l'œuvre¹²⁹. Peut-être même n'y a-t-il plus, en l'occurrence, simplement représentation, mais bien déjà une sorte d'accession imparfaite. Preuve pourrait en être que le refus, par le propriétaire de l'objet matériel, d'en accorder l'accès au propriétaire de l'œuvre est, à condition qu'il s'agisse d'un abus notoire empêchant l'exercice du droit de divulgation de ce dernier, sanctionné¹³⁰. C'est pourquoi, même si ce dernier constat doit certainement être nuancé en cas de dématérialisation des supports de tels biens, il semble que les exemples de représentation les plus pertinents résident finalement dans la jurisprudence et, notamment, dans les régimes juridiques de la correspondance et de l'information. Les lettres missives ressortant en partie à la propriété intellectuelle¹³¹, c'est alors à la nature juridique de l'information – ce que constitue de toute façon, en première analyse, une lettre missive, originale ou pas –, et à son régime corrélatif, qu'il paraît préférable de s'intéresser.

384 LA PROTECTION PÉNALE DE L'INFORMATION. – L'information n'a pas été déterminée légalement comme un bien. Quelques informations qualifiées sont protégées par le biais de dispositions spéciales mais, même s'il apparaît que, au moins en filigrane, un effet de modèle puisse être constaté, ces règles ne ressortissent pas expressément à la propriété classique. Ainsi, de façon presque générale, le droit de la propriété intellectuelle préserve beaucoup de

¹²⁹ Voir P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (6^{ème} éd.), n° 264, p. 317 : traitant de la distinction entre le support matériel et l'œuvre d'art, l'auteur précise qu'« *il est vrai qu'en général [...] la " valeur-refuge " n'est pas dans le droit incorporel, mais dans l'objet matériel* ».

¹³⁰ Art. L. 111-3, al. 2, C. propr. intell.

¹³¹ V. art. L. 112-2 C. propr. intell. : « *Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code : [...] les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques [...]* ».

choses de nature informationnelle, par exemple les bases de données¹³². Plus spécialement, des informations dites « privilégiées » sont défendues par le biais d'une incrimination propre : le délit d'initié¹³³. Pour le reste, c'est-à-dire pour la plupart, c'est à travers et concomitamment à leur protection jurisprudentielle en tant qu'objets de propriété, principalement sur le fondement des normes pénales, qu'est née la conscience, à la fois d'une possible réification et d'une probable appropriation des informations en tant que telles, donc indépendamment de leur support¹³⁴. L'absence d'un texte général se fait d'autant plus sentir que, au sein même de cette jurisprudence d'appui, c'est la plupart du temps sous d'autres formes, à titre de « biens quelconques », que des choses pourtant intrinsèquement informationnelles sont prises en compte par le droit pénal ; utiles et appropriés, un projet établi par un salarié¹³⁵, par exemple, ou encore un numéro de carte de crédit¹³⁶, n'ont été considérés par le droit répressif qu'en raison de l'appréciation, par le juge, de ces deux qualités corrélatives. En conséquence, face à la concurrence ainsi instaurée entre les informations simples et les informations autrement qualifiées, la pertinence d'une définition générale de l'information et de sa protection automatique en tant que telle interroge : ne faut-il pas, en effet, seulement considérer comme des biens les informations précisément définies ?¹³⁷

385 Refuser à une information utile et, pour cette raison, appropriée, la nature de bien seulement parce que nul n'a su la désigner autrement, paraît pourtant tout aussi contestable que de protéger, *in abstracto*, toutes les informations comme des objets de propriété. Non seulement, il existe entre l'ensemble des choses précédemment décrites des caractères communs qui instaurent entre elles, si ce n'est un rapport d'espèce, tout au moins un rapport de genre, celui-ci permettant l'établissement d'une définition et impliquant, logiquement, un régime juridique comparable, au moins en partie. Mais surtout, il est parfaitement envisageable de ne protéger, parmi ces choses, que certaines informations, celles pour lesquelles l'atteinte constitue un

¹³² Selon M. VIVANT, « le créateur apporte, révèle, fait connaître quelque chose à la collectivité (forme ou idée peu importe), il lui apporte " une information " dans un sens large mais propre et celle-ci est traitée comme un bien et devient objet de droit. Il n'y a pas de propriété intellectuelle sans reconnaissance du bien information » : « A propos des " biens informationnels " », in *JCP*, 1984, I, 3132.

¹³³ V. *supra* n^{os} 105-108.

¹³⁴ V. *supra*, n^o 40.

¹³⁵ Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.

¹³⁶ Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

¹³⁷ Et, par là même, refuser le constat général d'une appropriation de l'information. V., en ce sens : A. LUCAS, in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, coll. Thémis, PUF, 2001, n^{os} 470 et s., p. 271 et s. ; J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, chron. p. 230, n^o 10 et p. 233-234, n^o 29 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, chron. p. 330 et s., spéc. n^o 4 ; E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.*, 1998, chron. p. 63, n^o 3 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.*, mars 2001, p. 64 et s.

véritable préjudice et dont l'utilité fondamentale se résume à un seul but : informer. Le flou des critères incite cependant à l'affinement de cette ébauche de définition. Il faut donc, avant d'envisager les relations entretenues entre l'information et son support et dans le but constant de les distinguer avec clarté, préciser ce que représente un bien informationnel.

386 A ce sujet, deux arrêtés ont défini l'information, respectivement comme un « *élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué* » et comme un « *renseignement ou élément de connaissance susceptible d'être représenté sous une forme adaptée à une communication, un enregistrement ou un traitement* »¹³⁸. Insuffisantes pour certains auteurs¹³⁹, ces définitions se complètent pourtant, et constituent une base solide pour appréhender la nature juridique de l'information.

387 En premier lieu, elles ne se limitent pas explicitement au traitement informatique : le support doit, selon elles, simplement permettre de représenter l'information, puis de la conserver, de la traiter ou de la communiquer, le papier remplissant, par exemple, parfaitement tous ces offices. En second lieu, et principalement, ces définitions contiennent tous les éléments permettant à la fois de décrire et de constituer un bien informationnel. Celui-ci suppose, en effet, l'existence d'une convention dont la cause réside dans la volonté de l'un de percevoir ce que seul l'autre sait ; de cette volonté procède la valeur, dont la rentabilité constitue la seconde cause, l'échange étant alors synallagmatique. Envisagé du point de vue actif qui, seul, intéresse le droit des biens, ce que l'un sait et que l'autre ignore n'est certes pas la connaissance, mais en est au moins un élément, celui-ci constituant l'objet précis de l'échange opéré et, partant, l'objet de propriété. Mais les éléments de connaissance ainsi considérés partagent l'hétérogénéité de la réalité sur laquelle ils s'appuient ; c'est pourquoi il est certainement vain de tenter d'en affiner la définition. Tout au plus peut-on prudemment assurer qu'ils sont nécessairement ce qu'une personne est apte à percevoir ; ainsi prennent-ils la forme d'écritures, d'images, de sons ou encore d'odeurs, voire même d'une combinaison complexe de ces différents éléments, ou de certains d'entre eux. Les éléments de connaissance sont alors des messages sensibles révélés à une personne, et susceptibles de prendre la forme

¹³⁸ Arrêté du 22 déc. 1981, relatif à l'« enrichissement du vocabulaire de l'informatique » (*JOLD complémentaire*, 17 janv. 1982, p. 624), puis arrêté du 3 oct. 1984 « portant enrichissement du vocabulaire des télécommunications » (*JOLD complémentaire*, 10 nov. 1984, p. 10262). Nous soulignons.

¹³⁹ V., sur la définition posée par l'arrêté du 22 déc. 1981, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 229, n° 5, qui lui reproche de contenir un élément subjectif, la connaissance : « elle dépend donc de la valeur de son contenu et de la qualité de celui qui la reçoit » ; J. PASSA, *op. cit.*, p. 65, qui se satisfait de la définition, mais la complète en posant que, si on le considère sous le prisme de l'appropriation « en général », l'élément de connaissance visé « ne fait pas nécessairement l'objet d'un traitement informatique et [...] il est censé avoir une valeur économique ». – La jurisprudence semble, pourtant, s'en contenter : v. par ex. CA Paris, 18 mai 1988, *D.*, 1990, juris. p. 35 et s., note G. DROUOT.

de messages communiqués¹⁴⁰. A cette fin, ils doivent apparaître aux autres et subsister, c'est-à-dire qu'il faut remédier aux inconvénients de leur incorporalité constitutive. Dès lors, les informations appropriées sont représentées par un support, puis elles perdurent à travers et à l'aide de différents substratums et instruments qui assurent leur enregistrement, leur traitement ou leur communication.

388 Les biens informationnels sont donc des éléments de connaissance appropriés, c'est-à-dire des messages dont la représentation est possible par le biais d'un support, et dont l'enregistrement, le traitement et la communication peuvent s'opérer par convention et selon une forme adaptée à leur nature immatérielle. Lorsqu'une information n'emprunte pas un visage connu, c'est-à-dire lorsque la forme qu'elle revêt n'est pas entrée dans le vocabulaire usuel, elle n'en est pas moins un bien à condition de répondre à cette définition. En effet, de cette dernière se déduit logiquement l'appropriation de l'élément de connaissance : son utilité transparaît à travers l'existence d'un destinataire intéressé ; le transfert de propriété est rendu possible par la représentation ; et l'attribution originale de la chose profite à son inventeur, selon un mécanisme connu du droit des biens, l'occupation¹⁴¹, voire selon un mécanisme récemment consacré par la Chambre criminelle : la création¹⁴². De même, l'information correspondant à cette définition se distingue nécessairement de ses différents supports : elle a une existence préalable et persistante. A la lumière de ces éléments, il est désormais possible de systématiser la jurisprudence pénale en matière d'appropriation frauduleuse de l'information d'autrui, rendue essentiellement dans le domaine du vol.

389 Dans un premier temps, celui de l'appréciation de l'existence de la responsabilité, le juge pénal ne considère l'infraction commise qu'au moment des faits¹⁴³. Le vol étant une infraction instantanée, c'est donc lors de la commission de son élément matériel qu'il faut examiner l'ensemble de ce qui le constitue. Ce n'est que, dans un second temps, lors du choix de la sanction par le juge, que les conséquences de l'infraction vont être prises en compte. Par conséquent, la détermination de l'objet de la soustraction ne peut s'opérer qu'au moment précis où celle-ci a été commise. Cependant, avant même d'en apprécier l'objet, encore faut-il

¹⁴⁰ En ce sens, v. P. CATALA, « La " propriété " de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 99, n° 6 : « *L'information est un message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui* ». V. aussi p. 101 et s., n°s 10 et s.

¹⁴¹ C'est-à-dire l'appréhension d'une chose sans maître avec la volonté de se l'approprier : v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 173, p. 275-276.

¹⁴² V. *supra*, n°s 41-42 ; *infra*, n° 642.

¹⁴³ Comp. art. 122-1 C. pén.

qu'il y ait véritablement soustraction : certains arrêts sont, en effet, présentés à tort comme des exemples de reconnaissance de vols d'informations.

390 Ainsi, un arrêt notoire rendu par la Chambre criminelle le 8 janvier 1979 ne semble constituer, en réalité, qu'une application de la contestable théorie dite de la « soustraction juridique », posée par Emile Garçon, et qui a conduit à l'assimilation de certains abus de confiance à des vols¹⁴⁴. A l'instar de la plupart des décisions rendues en la matière, avant comme après l'adoption du Code pénal de 1992, qui a de surcroît élargi l'incrimination d'abus de confiance, la Cour de cassation a alors sanctionné, sous la qualification de vol, un détournement plutôt qu'une soustraction. En l'espèce, en effet, un salarié avait produit, au cours d'une instance prud'homale l'opposant à son ancien employeur, les photocopies de documents qu'il avait été amené à détenir à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Détenteur précaire de ces documents et ayant, à ce titre, toute latitude pour en effectuer des photocopies, il ne les avait donc, du simple fait de ces photocopies, ni vraiment soustraits – son employeur les lui avait mis à disposition pour l'exercice de ses fonctions –, ni vraiment détournés – il pouvait les photocopier dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agissait, pourtant, d'une soustraction selon le dispositif de l'arrêt, et d'un détournement selon ses motifs : « *en prenant des photocopies des documents en cause à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les [a] appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction* ».

391 La Cour paraît donc considérer, en l'occurrence, que c'est l'écrit qui a été reproduit et, partant, soustrait¹⁴⁵ – mais, plus justement, détourné. Cependant, c'est seulement au regard de l'utilisation postérieure du document comme moyen de défense, semble-t-il, que la Chambre criminelle apprécie que sa reproduction s'est, en définitive, opérée « *à des fins personnelles* ». Or, outre qu'il n'est pas certain que le salarié ait pensé à cette utilisation potentielle dès la reproduction et durant celle-ci, ce qui est, en réalité, utilisé lors du procès postérieur est le contenu informationnel des documents, véritable objet de la reproduction : seul l'élément de connaissance auquel permet d'accéder l'écrit est de nature à instruire le juge et, ainsi, à déterminer l'issue de l'instance, son support étant pour cela indifférent¹⁴⁶. D'ailleurs, en

¹⁴⁴ V. *Bull. crim.*, n° 13. On y retrouve la formule classique, mais désuète depuis le Code pénal de 1992 : « *la détention matérielle d'une chose non accompagnée de la remise de la possession n'est pas exclusive de l'appréhension qui constitue l'un des éléments du délit de vol* ». – V. *supra*, n°s 226 et s.

¹⁴⁵ Comp., pour le recel, *supra*, n°s 273 et s.

¹⁴⁶ Comp. art. 1316 C. civ. : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que*

reproduisant les informations, le salarié a opéré une multiplication – licite – des supports, et c'est finalement un support différent de l'original qu'il a utilisé par la suite. Or, l'objet frauduleusement approprié ne peut, bien logiquement, qu'être le même que celui qui est initialement approprié : il n'y a pas de vol ou d'abus de confiance à soustraire ou à détourner une chose autre que celle originairement appropriée par autrui, à moins de considérer – ce que ne semble pas faire le juge, et qui, présentement, empêcherait une corrélation entre l'acte et son objet – que c'est la photocopie qui a été dérobée. Force est de constater, qu'en l'espèce, seule l'information demeure ; elle est donc bien, à tout point de vue, le seul véritable objet du détournement.

392 Sous couvert de réprimer le vol d'un document, l'arrêt du 8 janvier 1979 a donc sanctionné un détournement d'informations. D'autres décisions ont conduit à une solution comparable, que le juge pénal se soit pour cela basé sur le bon¹⁴⁷, ou sur le mauvais fondement¹⁴⁸. Il y a, en effet, tout autant détournement à conserver des fiches de clientèle de son ancien employeur à la fin de créer une entreprise directement concurrente¹⁴⁹, par exemple, qu'à utiliser des documents comptables détenus du fait de ses activités professionnelles pour établir des tableaux et les communiquer à un tiers concurrent de son employeur¹⁵⁰. Il appert, ainsi, que l'abus de confiance peut valablement avoir pour objet une information en tant que telle¹⁵¹. Il ne reste, alors, qu'à démontrer que ce champ des possibles s'étend à la véritable soustraction.

soient leur support et leurs modalités de transmission » (nous soulignons). Comp. aussi art. 1316-1 C. civ. qui admet expressément l'écrit sous forme électronique à condition « *qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Parallèlement, comp. art. 441-1 C. pén. : « *Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* » (nous soulignons).

¹⁴⁷ V., par ex., Cass. crim., 2 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 139, pour des fichiers de clientèle ; Cass. crim., 28 mars 1990, inédit, pourvoi n° 89-84469, pour des fiches de clientèle ; Cass. crim., 21 mars 2001, inédit, pourvoi n° 00-81164, pour un fichier clientèle ; Cass. crim., 3 oct. 2006, inédit, pourvoi n° 05-86718, pour des documents professionnels.

¹⁴⁸ V., par ex., Cass. crim., 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.*, n° 100, pour des données comptables et commerciales. V. aussi Cass. crim., 3 mars 1992, inédit, pourvoi n° 90-82964, pour un fichier informatique ; Cass. crim., 16 mars 1999, inédit, pourvoi n° 97-85054, pour des documents commerciaux, administratifs et financiers ; Cass. crim., 24 avr. 2001, *Bull. crim.*, n° 98, pour l'original d'une attestation ; Cass. crim., 13 avr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-86099, pour une « *clientèle* » ; CA Limoges, 8 sept. 1998, pour des documents recopiés. – Sur ce dernier arrêt, v. F. DEBOVE, « Information mal acquise ne profite jamais », *Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24, p. 4 et s. Malgré un attendu qui se réfère à la détention matérielle des documents, le constat de la confusion entre vol et abus de confiance n'est, en l'espèce, pas certain. L'auteur recopie des informations figurant dans un dossier conservé dans un bureau voisin du sien : il n'en avait donc pas personnellement la détention, et a bien soustrait tout autant le support, que son contenu.

¹⁴⁹ Cass. crim., 28 mars 1990, préc.

¹⁵⁰ Cass. crim., 1^{er} mars 1989, préc.

¹⁵¹ Certains arrêts, même s'ils sont également rendus sur le fondement du vol, concernent explicitement des « informations » : v. Cass. crim., 19 janv. 1994, inédit, pourvoi n° 93-80633 ; Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336, qui semble poser que même une information sans valeur marchande peut être protégée.

393 L'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 janvier 1989¹⁵² semble, dans toute sa complexité et malgré quelques ambiguïtés¹⁵³, reconnaître une telle extension. En l'espèce, deux salariés d'une imprimerie s'étaient livrés, à l'insu de leur employeur et dans le but de créer une entreprise concurrente, à la reproduction de compositions de travaux de l'imprimerie, ainsi qu'à la soustraction de soixante-dix disquettes, dont quarante-sept contenaient le produit de la reproduction. La Cour s'est alors effacée devant l'appréciation souveraine des juges du fond, ceux-ci ayant déclaré les prévenus coupables « *d'une part, du vol de soixante-dix disquettes, et, d'autre part, de celui du contenu informationnel de quarante-sept de ces disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction des informations, le tout au préjudice de la SA B. qui en était propriétaire* ». La soustraction des disquettes n'était pas polémique ; en tant que biens corporels meubles, elles font partie de l'assiette traditionnelle de l'infraction de vol. C'est au sujet de leur contenu que les choses se compliquent.

394 La soustraction du contenu des disquettes a eu lieu, selon la Cour d'appel, « *dans les mêmes circonstances, de temps et de lieu* » que celle du contenant. Les salariés avaient, en effet, reproduit des données appartenant à leur employeur sur les disquettes, mais sans l'autorisation de ce dernier. En agissant de la sorte, ils ont accompli sans droit un acte de propriétaire concurrentement sur deux choses appartenant à autrui : ils ont soustrait les disquettes de la destination voulue par leur propriétaire légitime, mais ils ont également et surtout soustrait les informations de la sphère d'exclusivité existant au bénéfice de ce même propriétaire. Ainsi, s'il s'agissait une fois de plus, sans conteste, d'une appropriation frauduleuse d'informations, c'était bien alors d'une véritable soustraction dont il était question : l'employeur n'avait pas préalablement confié les informations à ses salariés ; ceux-ci avaient, selon la Cour d'appel, « *appréhendé l'original ou la première copie de sauvegarde pour en faire une reproduction* », c'est-à-dire qu'ils s'étaient emparés du support représentant les compositions, puis en avaient fait une copie, conservant ces dernières par le biais d'un autre support également dérobé – une disquette.

395 La représentation s'est donc parfaitement opérée, en l'espèce, puisque le juge, en ne sanctionnant que le vol du contenu informationnel qui appartenait à l'imprimerie, n'a finalement retenu que l'atteinte portée au bien représenté. La forme de la soustraction était

¹⁵² Bull. crim., n° 14.

¹⁵³ V., insistant plutôt sur les ambiguïtés, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n° 80, p. 104-105 : ne s'agirait-il pas, en l'occurrence, que de gloser sur l'indifférence de la Cour de cassation envers un pourvoi mal fondé, car purement factuel ?

nécessairement adaptée à l'incorporalité de son objet. D'ailleurs, c'est sans doute pourquoi la Cour a précisé, en dernier lieu, qu'elle n'a duré que « *le temps nécessaire à la reproduction des informations* » : superfétatoire, cette affirmation permet cependant d'agréer la théorie de la représentation, de même qu'elle confirme que c'est bien la reproduction qui a consommé les deux infractions, puisque par elle seule a été constitué l'acte sans droit. En reproduisant des informations appropriées par autrui sur des disquettes lui appartenant, mais sans l'accord de celui-ci, les prévenus ont commis, concomitamment, un vol d'informations et un vol de disquettes.

396 La qualification de vol d'informations est donc bien, tout à la fois, opérable et opérée par le juge pénal, et elle ne remet pas en cause la théorie de la représentation. Toutefois, son application est rare¹⁵⁴, car le maniement des informations d'autrui s'effectue généralement dans le cadre d'une relation de travail qui, d'un côté, facilite plutôt la commission d'un abus de confiance et, d'un autre côté, a récemment donné lieu à la création d'un fait justificatif prétorien au profit du salarié, afin que celui-ci puisse efficacement exercer ses droits de la défense¹⁵⁵. De plus, il est indéniable que l'infraction n'apparaît le plus souvent que postérieurement, lors d'une utilisation de l'information frauduleusement appréhendée¹⁵⁶. Il ne s'agit pourtant pas d'un obstacle majeur à la répression, tant il est fréquent que la victime d'un vol ne s'en rende pas compte à l'instant précis de la soustraction. C'est, d'ailleurs, ce constat pragmatique qui permet de fonder certains reculs prétoriens du point de départ de la

¹⁵⁴ V. aussi Trib. correc. Montbéliard, 28 mai 1978, reproduite in *Informatique et droit pénal*, Travaux de l'ISC de Poitiers, v. IV, Cujas, 1983, annexe III, pour des données informatiques auxquelles l'auteur n'avait pas le droit d'accéder ; Cass. crim., 29 avr. 1986, *Bull. crim.*, n° 148, à propos de plans recopiés, mais sous réserve de l'imprécision des faits : il y a bien soustraction si les plans ont été dérobés, ou détournement s'ils ont été initialement remis. V. également, sous une réserve similaire, CA Limoges, 8 sept. 1998, préc. V., enfin, Cass. crim., 24 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 99-80666 : vol de fichiers de clients, auxquels l'employé mis en cause n'avait pas accès légitimement ; Cass. crim., 9 sept. 2003, inédit, pourvoi n° 02-87098, pour des données informatiques qui ne semblent pas avoir été préalablement remises à l'auteur de l'infraction ; Cass. crim., 30 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-84042 : vol de dossiers administratifs, par un conseiller municipal non réélu ; Cass. crim., 4 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-84002 : condamnation pour « *vol de fichiers informatiques* » d'une personne qui, ayant donné à l'un de ses récents employés « *les instructions et les moyens de subtiliser et de copier sur des supports matériels, les données et fichiers informatiques appartenant à la société G., afin de se les approprier et de pouvoir en disposer et les utiliser dans la nouvelle société dont il allait être le dirigeant* », n'a jamais eu le support des informations ainsi dérobées entre les mains.

¹⁵⁵ Il faut, selon la Chambre criminelle, que les documents appréhendés soient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le litige prud'homal opposant le salarié à son employeur : Cass. crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 113 et 117. V. aussi Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 5 ; Cass. crim., 15 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-81923 ; Cass. crim., 10 mai 2005, *Bull. crim.*, n° 145 ; *supra*, n°s 276-277 ; Cass. crim., 26 avr. 2006, inédit, pourvoi n° 05-83564. Et v., concernant un journaliste poursuivi pour diffamation, Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 132. – Cette position est, initialement, celle de la Chambre sociale : Cass. soc., 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 535. V. aussi Cass. soc., 30 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 187 ; Cass. soc., 21 déc. 2006, inédit, pourvoi n° 05-41180. – V., encore très récemment, Cass. crim., 9 juin 2009, publiée, pourvoi n° 08-86843.

¹⁵⁶ Voir M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 79, p. 104.

prescription¹⁵⁷. Enfin, – et cette fois l’argument pèse –, à l’inverse, les perspectives offertes par de telles solutions sont certainement de nature à sanctionner la curiosité de celui qui écoute aux portes ou qui regarde par-dessus les murs¹⁵⁸. Le juge doit donc particulièrement caractériser la soustraction : appréhension, elle doit effectivement rester un acte univoque et extériorisé, ce qui exclut, en principe, la simple lecture¹⁵⁹. S’ajoute à cela que si, en amont, l’opportunité des poursuites est certainement apte à réguler certains cas trop polémiques, en aval, la présomption d’innocence connaît sa pleine efficacité concernant la matérialité du fait commis¹⁶⁰, qui ne doit alors laisser subsister aucun doute. La minutie pratique imposée par les grands principes qui régissent l’application du droit pénal peut, ainsi, pallier les éventuelles difficultés théoriques.

397 La prise en compte pénale de l’information démontre donc, déjà, que l’appréhension juridique de la valeur peut s’avérer complexe. Elle le peut d’autant plus lorsque, comme c’est le cas pour certains biens incorporels, la représentation de la valeur nécessite l’intervention d’une multiplicité de supports.

B. Les limites de l’indépendance : le recours aux supports

398 L’ACCESSIBILITE D’UN BIEN GRACE A UN SUPPORT : LA REPRESENTATION INDIRECTE. – La représentation d’un bien incorporel par le biais d’un support ne suffit pas toujours à le rendre directement accessible. En premier lieu, ce support peut être tout aussi immatériel que le bien qu’il représente ; il faut donc recourir à un autre bien – tangible – pour accéder au bien

¹⁵⁷ En matière d’infractions dites « clandestines », la prescription commence à courir au jour où le délit est apparu ou aurait pu être objectivement constaté dans des conditions permettant l’exercice de l’action publique : v., outre le C. pén. de 1791, qui posait déjà une règle proche pour toutes les infractions (1^{ère} partie, titre VI, art. 2), par ex., Cass. crim., 20 févr. 1986, *Bull. crim.*, n° 70, pour une publicité trompeuse ; Cass. crim., 5 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 239, pour une fraude en matière de divorce ; Cass. crim., 17 déc. 2002 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 233 et 234, pour des altérations de preuves en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité ; Cass. crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 173, pour une simulation ou dissimulation d’enfant ; Cass. crim., 7 juill. 2005, *Bull. crim.*, n° 206, pour une tromperie. Certaines infractions ne sont pas clandestines par nature, mais peuvent le devenir en raison d’une dissimulation : v., par ex., les arrêts fondateurs de cette jurisprudence, Cass. crim., 4 mars 1935, pour un abus de confiance ; Cass. crim., 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, n° 321, pour un abus de biens sociaux (*adde supra*, n° 102).

¹⁵⁸ Voir P. CONTE, *op. cit.*, n° 527, p. 306.

¹⁵⁹ V. *supra*, n° 253. – La simple lecture d’un livre fait généralement partie des prérogatives, fussent-elles tacitement reconnues, du détenteur précaire que devient, par exemple, le client d’une librairie. Elle lui permet de déterminer son consentement à la vente. De plus, un livre est une œuvre de l’esprit, protégé à ce titre plutôt par le droit de la propriété intellectuelle, selon des règles propres.

¹⁶⁰ En ce sens, v. C. LOMBOIS, « La présomption d’innocence », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, p. 85-86. – V. aussi *infra*, n°s 484-486.

représentant et, à travers lui, au bien représenté. Par exemple, le support de la monnaie scripturale et des valeurs mobilières scripturalisées est le compte en banque, or on ne peut désormais atteindre ce dernier que par l'intermédiaire d'un ordinateur qui, contrairement au compte, n'est pas nécessairement approprié par le propriétaire des biens représentés¹⁶¹. De la sorte, l'indépendance entre ces divers biens n'est plus vraiment polémique, et la seule difficulté réside dans la détermination des relations précisément entretenues entre leurs différents propriétaires. Cette étape est pourtant inéluctable, afin surtout que puissent être connus avec clarté et précision l'objet protégé, la forme de l'atteinte portée, ainsi que, corrélativement, le fondement de la répression, c'est-à-dire les éléments matériel et légal de l'infraction éventuellement commise. On peut, en effet, tout autant concevoir que s'opèrent, dans le cadre de telles relations, un détournement classique des valeurs par leur gérant, par exemple, mais aussi une soustraction de celles-ci par voie informatique, deux infractions étant alors en concours. Pour accéder aux valeurs, il faut, au préalable ou simultanément, porter atteinte à un système de traitement automatisé de données¹⁶². Dans ce dernier cas de figure, le concours apparaît idéal en raison de la différence des résultats provoqués, et il devrait engendrer, consécutivement, un cumul de qualifications. Deux intérêts sont ainsi protégés distinctement, correspondant symétriquement aux deux propriétés auxquelles on a alors porté atteinte¹⁶³. Cependant, l'auteur commet alors la première infraction à la seule fin de réaliser la

¹⁶¹ Comp. H. MACCIONI, *L'image de marque : étude juridique de la notoriété commerciale*, coll. Dr. poche, Economica, 1995, p. 91 et s. : après avoir qualifié l'image de marque de bien incorporel, l'auteur présente ses supports traditionnels que sont le nom commercial, l'enseigne, la dénomination sociale, la marque, le slogan et le logo. Les biens qui représentent l'image de marque sont donc tous incorporels. – *Adde* CA Paris, 29 mars 1993, *JurisData*, n° 022078 : « *Considérant que la société [...] fonde son action en réparation [...] sur l'atteinte portée à son enseigne [...] ; que tendant à l'indemnisation d'un dommage effectif causé à un bien incorporel compris dans ses éléments d'actifs, valorisé par ses investissements et sa politique commerciale, sa demande est recevable. Considérant que l'atteinte portée à l'image de la société [...] résult[e] de l'impact important qu'a eu dans la presse cette opération publicitaire [...]* » (nous soulignons).

¹⁶² Art. 323-1 C. pén. – Le Sénat avait proposé de définir un tel système comme « *tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoire, de logiciel, de données, d'organes d'entrées-sorties, et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs de sécurité* » (v. J. THYRAUD, *Rapport n° 3 sur la proposition de loi relative à la fraude informatique (1987-1988)*, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 oct. 1987, p. 50 et s.). Tout ordinateur semble correspondre à cette définition, d'autant que l'absence de définition au sein du texte finalement adopté démontre une volonté d'adaptabilité et, corrélativement, d'ouverture de l'incrimination.

¹⁶³ En ce sens, car il analyse le système de traitement automatisé de données comme une universalité de fait, c'est-à-dire comme un bien, R. GASSIN : *Rép. pén. Dalloz*, *V^{ts}* Fraude informatique, n°s 71-72, p. 13 et n°s 154-155, p. 27 ; « *La protection pénale d'une nouvelle " universalité de fait " en droit français : les systèmes de traitement automatisé de données* », *D.*, 1989, act. lég., p. 5 et s. – *Contra*, J. DEVEZE, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 323-1 à 323-7, « *Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données* », n° 13, p. 6 : « *A la différence du fonds de commerce, le système de traitement automatisé de données n'est pas doté d'un régime juridique spécifique et l'élément fédérateur que représente la clientèle du fonds fait à l'évidence défaut à propos du système. C'est par impropreté de langage qu'il est fait référence à la propriété ou à la vente d'un système* ». Mais les articles 323-1 et suivants du Code pénal dotent justement le système d'un régime spécifique, et son élément fédérateur, au sens large, réside dans la nécessité d'en coordonner les composantes pour produire un

seconde. Leur extériorisation prend donc bien une forme similaire, mais l'analyse de l'intention démontre que celle-ci tend vers la seule commission de la seconde infraction. Il ne semble pas, ainsi, qu'il y ait concours idéal¹⁶⁴. En conséquence, quelle que soit la forme précise finalement prise par l'atteinte, la protection de la valeur – en tant qu'objet – demeure et s'opère au-delà de celle de ses supports, c'est-à-dire indépendamment.

399 En second lieu, mais de façon relativement comparable, le bien incorporel peut assumer son ubiquité ontologique et être, ainsi, accessible en différents lieux, à condition cependant que chacun de ces lieux soient dotés d'un support idoine, adapté à sa représentation. Par exemple, le propriétaire d'une connexion Internet bas-débit peut y accéder à l'aide de différents ordinateurs. Il suffit, pour cela, que ceux-ci soient reliés à une ligne téléphonique par le biais d'un modem, qu'ils disposent du logiciel diffusé par le fournisseur d'accès, et que le propriétaire de la connexion y reporte certaines informations personnelles. Dès lors, ce dernier n'est pas nécessairement le propriétaire de l'ordinateur qu'il utilise pour accéder à sa connexion, l'indépendance entre le bien représenté et le bien représentant étant une fois de plus certaine. Cet exemple théorique est d'ailleurs corroboré par une espèce concrète. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 19 mai 2004, a confirmé la condamnation d'un salarié « *qui a détourné son ordinateur et la connexion Internet de l'usage pour lequel ils avaient été mis à sa disposition* »¹⁶⁵. Ne pouvant les utiliser que dans le cadre de son activité professionnelle, il en a profité pour visiter des sites à caractère érotique et pornographique, et pour stocker sur son disque dur des messages et photographies de même nature. Ainsi, même si, par cette décision, la Cour de cassation protège un propriétaire unique, c'est bien en réalité deux objets de propriété indépendants auxquels le salarié a porté atteinte. En effet, l'ordinateur n'est, en l'occurrence, pas détourné en tant que représentant de la connexion Internet ; il l'est à titre propre, en tant que support de stockage sur lequel le salarié a déposé les messages et photographies frauduleusement obtenus. L'accès aux sites défendus, auquel s'ajoutent la création et l'entretien d'un site du même acabit, ainsi que l'utilisation, par le prévenu, de sa messagerie professionnelle pour envoyer et recevoir des courriers se rapportant au même thème, constituent des détournements de la seule connexion. Par conséquent, si le

résultat unique et voulu et, dans un sens plus précis, constitue la composante même qui permet de traiter rationnellement les informations, c'est-à-dire le processeur. De plus, le maître du système est, selon le Sénat, la personne compétente pour en disposer « *ou pour décider de sa conception, de son organisation ou de ses finalités* » (J. THYRAUD, *op. cit.*, p. 53), c'est-à-dire certainement un propriétaire. Enfin, la vente d'ordinateurs, et donc celle de systèmes de traitement automatisé de données, représente une activité en plein essor.

¹⁶⁴ Comp. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 236, p. 130.

¹⁶⁵ *Bull. crim.* n° 126. Nous soulignons.

salarié n'avait pas enregistré le résultat de certaines de ses pérégrinations frauduleuses sur son disque dur, seule la connexion aurait été véritablement détournée. Il en aurait d'ailleurs été de même, par exemple, si le salarié avait utilisé, pour cela, son ordinateur portable personnel. L'ordinateur, simplement considéré en ce qu'il permet l'effectivité de cette connexion, est bien, quelle que soit l'utilisation de cette dernière, dans l'une de ses applications normales, puisqu'il a été mis à disposition du salarié notamment pour que celui-ci puisse accéder au réseau. Les détournements ont donc ici été opérés sur deux biens physiquement et juridiquement distincts, et fonctionnellement indépendants.

400 En distendant valablement le lien entre le bien représenté et le bien représentant, ces dernières hypothèses de représentation renforcent paradoxalement le postulat de leur indépendance et confirment, par là même, qu'il s'agit d'une relation de principe. Ce n'est donc en réalité que par exception, voire par fiction, que les deux biens s'assimilent.

401 L'EXCEPTION A L'INDEPENDANCE : LA MOBILISATION. – Les biens incorporels ne peuvent pas être déplacés ; ils ne sont donc pas des meubles par leur nature¹⁶⁶. C'est pourquoi l'article 529 du Code civil pose que ce n'est que par détermination de la loi qu'une liste limitative de certains d'entre eux vont être considérés comme des meubles et, corrélativement, se voir appliquer le régime correspondant à cette nature juridique. De cette fiction, beaucoup ont fait le principe, prenant surtout appui sur l'article 516 du Code civil qui pose, péremptoirement, que « tous les biens *sont meubles ou immeubles* », faisant ainsi des meubles la catégorie résiduelle contenant tout ce qui n'est ne peut être attaché à la terre. Il y aurait, alors, des meubles corporels et des meubles incorporels¹⁶⁷.

402 Toutefois, toute fiction constitue une « *méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit* »¹⁶⁸, c'est-à-dire, en considération de la vocation du droit à régir une réalité extérieure qui lui préexiste, une anomalie. Chaque fiction ne se justifie donc qu'en tant que mécanisme créateur conditionné : seul le législateur peut y recourir ; il doit intervenir de façon ponctuelle, et l'interprétation de la règle alors déterminée doit s'opérer en

¹⁶⁶ V. art. 528 C. civ. : « *Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère* ».

¹⁶⁷ V., par ex., J. CARBONNIER, *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 713, p. 1605 et s., et n°s 911 et s., p. 1899 et s. ; G. CORNU, *Les biens*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n° 11, p. 30 et n°s 129 et s., p. 335 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, n° 229, p. 82 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 49, p. 33, et n°s 613 et s., p. 373 et s.

¹⁶⁸ G. WICKER, in *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, V° Fiction, p. 716 et s.

considération de son objet véritable¹⁶⁹. En conséquence, dès que celui-ci disparaît ou, mieux encore, lorsque le résultat voulu peut être atteint sans méconnaître la réalité, la fiction doit s'effacer et être remplacée par une règle construite pour régir cette réalité ; elle n'a vocation à être qu'un mécanisme transitoire¹⁷⁰.

403 Or, le régime de la propriété, civil aussi bien que pénal, est déjà adaptable aux réalités immatérielles : le résultat de la fiction, c'est-à-dire la protection et la circulation juridiques des biens incorporels, ne nécessite donc qu'une adaptation du droit à la réalité, – fût-ce par le biais d'un autre mécanisme fictionnel, alors nécessairement plus doux –, et non une déformation de l'un ou l'autre de ces deux termes. D'autant plus que le législateur a, par une autre fiction, assimilé certains biens incorporels à des immeubles¹⁷¹, démontrant ainsi qu'il n'est pas inéluctable que tout bien intangible soit considéré comme un meuble, et confirmant, par là même, le caractère artificiel de l'assimilation. On ne peut donc faire de cette dernière le principe. Surtout, la nécessité de la relation entre deux biens physiquement distincts pour que puisse s'opérer la représentation de l'un par l'autre a, à la fois pour préalable et pour corollaire, l'existence physique propre de ces deux biens et, partant, leur existence juridique propre. Dès lors, le principe reste l'indépendance entre le bien représenté et le bien qui le représente et, même si la représentation peut être, sous certains aspects, également considérée comme une fiction¹⁷², celle-ci possède, à l'inverse de l'assimilation, une assise réelle, ainsi qu'une assiette réduite, qui la rendent plus compatible aux réalités tant matérielle que juridique : elle ne met jamais un terme à l'indépendance physique entre les deux biens, et ce n'est que par intermittence que le support représente le bien incorporel. Par exception au principe ainsi posé, seule une mobilisation expressément déterminée par le législateur peut donc fictivement faire d'un bien incorporel un meuble.

404 Dès qu'elle est déterminée, l'assimilation d'un bien incorporel à un meuble prend, en réalité, la forme d'une incorporation, c'est-à-dire qu'une confusion va s'opérer entre les deux objets, le bien incorporel se fondant dans la matière de son support. Ne subsiste alors qu'un bien unique dont la valeur résulte du versant immatériel, mais dont la circulation est facilitée par le versant matériel. Ainsi, plus encore qu'une exception à l'indépendance, l'incorporation en est

¹⁶⁹ Voir F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, n° 246, p. 401.

¹⁷⁰ En ce sens, F. GENY, *op. cit.*, n°s 245-247, p. 398-416 ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Sirey, 1935, p. 339 ; G. WICKER, *op. cit.*, *loc. cit.*, spéc. p. 719-720.

¹⁷¹ Art. 526 C. civ. : « Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : l'usufruit des choses immobilières ; les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ».

¹⁷² Comp. art. 751 C. civ. : « La représentation est une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté ».

la négation même, puisqu'elle conduit finalement à un amalgame des deux biens. C'est, sans doute, l'une des raisons pour lesquelles il en existe très peu d'applications en droit positif. Tout au plus peut-on, à ce titre, considérer certaines valeurs mobilières et, plus précisément, celles que constituent les titres négociables au porteur. Incorporés dans une feuille de papier, ces derniers circulent très facilement, et la tradition de la feuille vaut, conformément à l'article 2279 du Code civil, transmission du titre¹⁷³ : recevables au régime des meubles, ils en sont nécessairement et dotent ainsi l'article 529 d'une relative effectivité¹⁷⁴. Toutefois, l'obligation contemporaine de les inscrire en compte, posée notamment par l'article L. 211-4 du Code monétaire et financier, restreint de nouveau l'assiette de la mobilisation en remplaçant les titres fiduciaires par des titres scripturaux. Ayant alors pour unique support un compte, les valeurs recouvrent leur indépendance sans toutefois perdre les avantages de leur ancienne mobilité. Leur circulation est même, ainsi, plus aisée, plus rapide et plus sûre : elle peut s'opérer massivement, mais sans problème de stockage, par simple virement de compte à compte, et ne nécessite pas l'apparition des valeurs qui facilite leur vol ou leur détournement.

405 C'est, d'ailleurs, essentiellement en raison de cette dernière considération, que fut antérieurement adopté un régime spécial pour les titres au porteur perdus ou volés¹⁷⁵. En effet, l'application du régime mobilier et, notamment, des articles 2279 et 2280 du Code civil¹⁷⁶, n'apparut pas en ce domaine des plus pertinents : le propriétaire dépossédé pouvait, sur ces fondements, revendiquer le titre seulement en cas de perte ou de vol, dans un délai de trois ans, court, mais certainement suffisant pour que le porteur puisse aisément le vendre ou en recueillir les intérêts, et sous la condition de rembourser le porteur actuel si celui-ci avait acquis le titre dans un marché¹⁷⁷. Or, la Bourse, lieu précisément consacré aux échanges de tels objets, est un marché. Le nouveau dispositif permettait alors – et permet encore – d'exercer la revendication sans dédommager le porteur, même de bonne foi. La mobilisation

¹⁷³ V. Cass. civ., 11 août 1880, *Bull. civ.*, n° 165 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 1960, *Bull. civ.* I, n° 2. Plus récemment, v. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 199 ; Cass. com., 30 nov. 2004, inédit, pourvoi n° 01-16737.

¹⁷⁴ En ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 713, p. 1606.

¹⁷⁵ Au lendemain de la guerre de 1870, au cours de laquelle beaucoup de titres furent perdus, volés ou détruits, des règles plus protectrices que celles du régime mobilier commun furent adoptées, issues d'une loi du 15 juin 1872, puis contenues, dans leur dernier état désormais presque désuet, dans deux décrets du 11 janvier 1956 et du 27 novembre 1964, modifiés par un décret du 16 février 1993. Ce régime spécial ne s'applique plus qu'aux valeurs étrangères et qu'à certaines valeurs françaises particulières : v. art. 23 du décret n° 83-359 du 2 mai 1983, « pris pour l'application de l'article 94-II de la loi de finances pour 1982 (n° 81-1160 du 30 déc. 1981) et relatif au régime des valeurs mobilières », *JORF* du 3 mai 1983, version consolidée au 25 août 2005.

¹⁷⁶ Désormais articles 2276 et 2277 du Code civil.

¹⁷⁷ Voir P. DIDIER, *op. cit.*, p. 134 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 893, p. 1874 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (7^{ème} éd.), n° 446, p. 352.

était donc déjà, avant même que devienne effective l'obligation d'inscrire les valeurs en compte, limitée dans sa portée : le régime juridique des meubles ne s'appliquait pas nécessairement dans son entier à un bien incorporel mobilisé, preuve certaine de son inadaptation.

406 Malgré cela, l'alinéa 2 de l'article 529 du Code civil opère, en continuation de l'alinéa 1^{er}, la mobilisation des rentes perpétuelles ou viagères. Celles-ci obéissent donc, en principe, au régime juridique des meubles. Dès lors, pour ces biens, ainsi que pour tous les autres biens véritablement mobilisés, la protection pénale emprunte la figure de la répression de l'appropriation frauduleuse d'un objet unique, corporel et mobile. On peut alors tout autant et sans difficulté concevoir que ces biens soient, par exemple, l'objet d'une soustraction ou d'un détournement, soit d'un vol ou d'un abus de confiance. Mais, une fois de plus, si la confusion est parfaite au moment de la constitution de l'infraction, l'évaluation du préjudice fait postérieurement ressortir la particularité de la genèse de ces biens : la valeur perdue n'est alors pas celle d'un simple bout de papier.

407 Ce débat aux apparences théoriques a de réelles conséquences pour l'application du droit pénal : comme cela vient d'être précisé pour les rentes, la protection pénale n'emprunte pas la même forme selon qu'il y a incorporation de la valeur dans son support, ou pas. Dans un cas, le plus exceptionnel, il y a un seul bien à préserver ; dans l'autre, le plus répandu, il y en a plusieurs, qu'il faut donc rechercher. Toutes les résurgences de l'indépendance entre un bien incorporel et ses incarnations démontrent, en effet, qu'elle est certainement un principe tout autant fondé matériellement et juridiquement, qu'effectif. L'indépendance constituant un phénomène bilatéral, de l'appropriation particulière de la valeur se déduit logiquement celle de ses supports. Appropriés singulièrement, ces derniers peuvent donc également prétendre, en tant que biens, à une protection pénale.

§ 2. La dépendance utilitaire de la valeur : la protection pénale des supports de la valeur

408 LE SUPPORT, OBJET D'UNE PROPRIÉTÉ SINGULIÈRE. – L'appropriation est un mécanisme ponctuel ; c'est parce qu'une chose précise apparaît utile en soi qu'elle va devenir l'objet d'un droit de propriété. Il n'y a donc pas, en principe, d'appropriation de masse, ce qui explique, par exemple, que la propriété d'un groupe de biens prenne généralement la forme d'une universalité, c'est-à-dire de l'appropriation d'un bien unique, constitué par l'ensemble, en

raison justement de l'utilité supérieure, mais homogène, procurée par la synthèse de ces éléments. De plus, les choses ainsi réunies ayant concurremment une utilité propre, chacune d'entre elles reste considérée, *ut singuli*, comme un bien. Tout bien doté d'une utilité propre, quelle qu'elle soit, est donc singulièrement approprié et bénéficie, à ce seul titre, de la protection du droit pénal. Tel est le cas de toutes les incarnations de la valeur.

409 LE FONDEMENT DE CETTE PROPRIÉTÉ : L'UTILITÉ POUR UN AUTRE BIEN. – La plupart du temps, une chose est appropriée par une personne pour l'utilité directe, naturelle ou civile, qu'elle lui procure¹⁷⁸, pour sa valeur d'usage ou pour sa valeur d'échange. Ce n'est alors qu'incidemment – voire accessoirement – qu'elle est utilisée comme le gage d'une fortune, c'est-à-dire comme une valeur négociable¹⁷⁹. Un bien grevé d'une sûreté n'est, ainsi, pas tant considéré comme un objet d'utilité que comme un porte-valeur qui va permettre, pour le créancier, de garantir sa créance¹⁸⁰ et, pour le débiteur, d'améliorer l'efficacité de son existence juridique, par exemple en lui permettant d'acquérir un bien d'une valeur dont il dispose patrimoniallement, mais pas sous forme de liquidités. Dans ce cas de figure bien précis, une chose appropriée est donc utilisée en considération de deux autres objets de propriété : le bien garanti, et le bien acquis. Si, classiquement, son utilité est variable et polymorphe, en l'occurrence, ce n'est qu'à travers son utilisation au sein d'une relation qui implique divers objets de propriété qu'apparaît, du point de vue de chacun des propriétaires, le besoin de son appropriation. Or, parfois, cette relation entre plusieurs biens est recherchée principalement, dès l'origine, et justifie donc l'appropriation des choses qui l'autorisent ; biens servants, ils ne sont appropriés que parce qu'ils sont utiles à l'utilisation d'autres biens.

410 A défaut de permettre de dresser une typologie complète de ces biens, quelques exemples notoires permettent d'en dégager les caractères fondamentaux. Tout d'abord, même si, parallèlement et en conformité avec la règle de l'indépendance entre un bien incorporel et son

¹⁷⁸ Voir C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 19, p. 12 : « Ce qui nous détermine surtout dans le droit, c'est la forme extérieure de la chose, sa forme distinctive et organisatrice, cette forme caractéristique qui la différencie essentiellement des autres choses, qui la rend spécialement propre à un certain usage, à une certaine fonction, et qui fait qu'elle est apte, à l'exclusion des autres choses différemment conformées, à nous rendre déterminément un certain genre de service, à nous procurer un certain genre d'utilité ».

¹⁷⁹ Voir C. ATIAS, *op. cit.*, n° 98, p. 77 : « En propriété, deux situations peuvent être distinguées : celle du propriétaire utilisateur qui demeure en relation directe avec son bien, et celle du propriétaire qui traite son bien comme une valeur négociable ».

¹⁸⁰ Voir P. CROCQ, *Propriété et garantie*, coll. Bibl. dr. privé, t. 248, LGDJ, 1995, n° 282, p. 234 : « Une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement ».

support, leur propriétaire n'est pas nécessairement le même, une identité d'appropriation peut, de façon assez récurrente, être constatée. Par exemple, une servitude, bien que s'exécutant matériellement sur le fonds servant, appartient en réalité au propriétaire du fonds dominant, car la spécificité de ce droit réel immobilier réside justement dans le profit, tiré par ce dernier, de l'amélioration de l'utilité de son immeuble¹⁸¹. Ainsi, même s'il s'agit alors classiquement, pour une personne, d'approprier une chose qui lui procure une utilité personnelle certaine, c'est singulièrement à travers l'utilité apportée par cette chose à une autre chose qu'il possède que s'opère l'appropriation. Cette genèse complexe n'est généralement pas systématisée par la doctrine, celle-ci ayant plutôt consacré une approche fonctionnelle et ponctuelle, certainement plus pragmatique¹⁸². Les biens concernés sont, en effet, empreints d'une telle spécificité que chacun justifie une étude spéciale : c'est le cas des servitudes, mais c'est également celui, par exemple, des instruments de crédit et de paiement, biens au service de la monnaie, ou encore celui des documents en général et, plus particulièrement, des titres, biens au service des créances. Pourtant, cette genèse permet surtout, au-delà de l'explication de ce premier caractère, de percevoir ce qui apparaît véritablement comme un lien d'espèce : d'un côté, le bénéficiaire des utilités du bien servant et du bien servi étant généralement la même personne, il est naturel qu'il les approprie conjointement ; d'un autre côté, le caractère plus médiateur de l'utilité du bien servant contribue à souligner que sa définition s'opère plus par l'utilité qu'il apporte directement au bien qu'il sert, que par celle qu'il fournit indirectement à leur propriétaire commun, cette dernière n'étant que la conséquence de cette première¹⁸³. Partant, c'est bien pertinemment par sa fonction qu'il se définit, plutôt que par son appropriation. Dès lors, toute chose exerçant une telle fonction est nécessairement appropriée et, ainsi, protégée par le droit pénal à titre de bien.

411 LE SUPPORT, BIEN QUELCONQUE, CORPOREL OU INCORPOREL. – Un bien peut en servir un autre de différentes manières, les plus classiques étant toutefois la représentation et l'instrumentation. Support ou instrument, voire à la fois support et instrument, toute chose peut faire l'objet d'un droit de propriété distinct fondé sur ces seules utilités. Tout bien ainsi

¹⁸¹ V. art. 637 et s. C. civ.

¹⁸² V., cependant, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 292, p. 454-456.

¹⁸³ Comp. art. 637 C. civ. : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire » (nous soulignons). – Certains auteurs ont ainsi pu analyser la servitude comme un rapport d'obligation entre deux fonds personnifiés. Voir R.-J. POTHIER, *Coutumes d'Orléans* (in *Œuvres de Pothier*, M. Siffrein, t. XVI, texte de 1740-1760), tit. XIII, « Des servitudes réelles », n° 2, p. 162-163 : « C'est plutôt à l'héritage que les servitudes sont dues qu'à la personne » ; R. VON JHERING, *Esprit du droit romain*, t. III, Marescq, 1891, § 46, p. 72 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 821, p. 1775 et s.

approprié, quelle que soit la forme qu'il emprunte, est protégé à ce titre par le droit pénal à l'unique condition qu'il soit effectivement un objet servant, c'est-à-dire une chose utile à un autre bien. C'est pourquoi, par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à protéger, au même titre et au moyen d'une infraction traditionnelle, une carte de crédit et son numéro, ces deux biens permettant concurremment de véhiculer la monnaie appartenant à leur propriétaire.

412 Dans un arrêt rendu le 14 novembre 2000, la Cour a ainsi sanctionné le détournement, par le dirigeant d'une entreprise de vente par correspondance, du numéro de carte de crédit de l'une de ses clientes, bien incorporel¹⁸⁴. Comparativement, mais différemment, elle a par la suite, dans un arrêt du 19 mai 2004, réprimé le détournement, par un salarié, de la carte de crédit de son employeur, bien corporel¹⁸⁵. Dans ces deux décisions, la Cour de cassation a protégé la propriété d'un instrument de paiement remis à un tiers afin qu'il en fasse un usage conforme à sa destination – un ou plusieurs paiements –, mais dans des limites déterminées par son véritable propriétaire. Or, dans ces deux cas, le détenteur du bien l'a utilisé au-delà de ce qui avait été voulu par son maître légitime ; il y avait donc abus de confiance.

413 Le numéro et la carte sont, malgré leur nature différente, préservés en considération de leur utilité commune, qui fonde ici, tout à la fois, leur appropriation et leur détournement : l'accès qu'ils offrent à un compte, et le transfert des fonds contenus qu'ils autorisent¹⁸⁶. Ils sont des biens au service d'un autre bien, la monnaie, et, malgré le fait que ne réside pas, en eux-mêmes, une valeur économique, fût-elle seulement potentielle, ils permettent d'accéder, par eux-mêmes, à une valeur certaine ; c'est à ce seul titre que leur appropriation frauduleuse est sanctionnée.

414 L'interprétation de ces décisions doit donc, dans un premier temps, être menée conformément au lien certain qu'elles entretiennent. En reprenant l'attendu de principe du premier de ces arrêts, et en le complétant désormais grâce à l'examen conjoint des deux solutions, on peut alors affirmer que « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque utile en soi et non pas seulement à un bien corporel ou à un bien utile pour soi* ». A cela s'ajoute que c'est également le cas des dispositions de l'article 313-1 dudit Code, et qu'un instrument de crédit peut, tout aussi bien, être protégé à ce titre. Par exemple, la

¹⁸⁴ Préc. ; *supra*, n^{os} 142-143.

¹⁸⁵ *Bull. crim.*, n^o 125.

¹⁸⁶ En ce sens, B. DE LAMY, *D.*, 2004, somm. p. 2749 : « *une carte bancaire n'est que le moyen d'utiliser les fonds d'autrui à des fins différentes de celles convenues* ».

Chambre criminelle a, dans un arrêt du 3 novembre 2005, sanctionné l'escroquerie ayant pour but la remise par une banque d'une ligne Dailly, c'est-à-dire d'un instrument de crédit¹⁸⁷.

415 Une fois cela posé, l'apport du premier arrêt pris isolément peut, dans un second temps, être souligné. Un bien incorporel est susceptible de jouer valablement le rôle d'un instrument de paiement et, en tant que tel et à ce seul titre, être approprié comme tout bien quelconque. Si l'on ajoute ce constat, inédit, à celui de l'existence de supports immatériels représentant la valeur, la dématérialisation des objets de propriété apparaît alors comme un phénomène pleinement intégré par le droit positif : l'appropriation des biens incorporels est, en effet, à ce point parfaite, que ceux-ci répondent aux mêmes fonctions que celles des biens corporels, et peuvent, corrélativement, prétendre à la même protection. En pouvant être des valeurs, des supports de valeur et des véhicules de valeur, et en étant, à chacun de ces titres, toujours défendus comme des objets de propriété, ils suffisent théoriquement à opérer le processus de valorisation.

416 Le passage de la théorie à la pratique est susceptible, cependant, de s'avérer difficile. L'incorporalité de la valeur rend, en effet, sa preuve d'autant plus complexe que l'instrument privilégié de cette dernière, le support, peut être lui-même immatériel. En droit pénal, où la sanction d'une appropriation frauduleuse est grave, le problème se pose nécessairement avec une acuité particulière.

417 LE SUPPORT, INSTRUMENT DE PREUVE : PROLEGOMENES A L'ETUDE DE LA PREUVE¹⁸⁸. – La preuve de l'existence d'un bien à protéger s'inscrit dans celle de l'élément matériel de l'infraction¹⁸⁹. Pour le démontrer, il faut effectivement prouver qu'existent une chose, l'appropriation antérieure de cette dernière par une personne autre que celle qui a commis le comportement prohibé, ainsi que le comportement en question. Toute infraction contre la propriété suppose donc, à travers l'altérité, l'interaction de plusieurs personnes autour d'une même chose, et on peut sans doute déjà voir, dans ces agissements vers et contre l'autre, une preuve, à la fois, de l'existence de la chose et de celle de son utilité et, partant, de son appropriation. Pour autant, parce qu'il s'agit de droit, et à plus forte raison parce qu'il s'agit de droit pénal, un tel constat s'avère bien évidemment insuffisant.

¹⁸⁷ Inédit, pourvoi n° 05-80979.

¹⁸⁸ Sur laquelle, v. *infra*, n°s 484 et s. – Il ne s'agit, pour le moment, que d'achever, à travers la question plus pratique de la preuve, l'examen de l'appréhension de la valeur par le droit pénal.

¹⁸⁹ V. *supra*, n°s 23-28.

418 Il faut donc, en premier lieu, acquérir la certitude que la chose existe, faux problème en considération du fait qu'un litige ne naît généralement pas sans cause¹⁹⁰, mais problème d'une acuité certaine lorsqu'il s'agit de déterminer, avec exactitude, la chose dont il s'agit précisément. L'immatériel apparaît, en effet, à travers ou grâce à un support, la plupart du temps matériel, l'appropriation frauduleuse d'un bien sans corps étant, ainsi, souvent concomitante à celle de son support, c'est-à-dire pas exclusive de celle-ci, et encore moins exclue par celle-ci. Dès lors, la preuve de l'infraction nécessitant, tout autant que sa commission, l'apparition du bien auquel une atteinte est portée, le support intervient de nouveau pour le représenter en remplissant, cette fois, la fonction d'instrument de preuve de l'infraction. Plus précisément, pour savoir si un acte a été commis sur un bien incorporel, il faut s'assurer que, au moment précis de sa commission, le bien existait et apparaissait comme tel pour l'auteur, soit que ce dernier manipulait effectivement – mais pas nécessairement sans droit – un support en permettant l'accès. Par exemple, le vol d'informations contenues dans une disquette ne peut généralement se révéler qu'après appréhension et examen de la disquette utilisée. Pourtant, le simple constat de cette détention postérieure par une personne autre que son propriétaire participe plutôt, techniquement, à constituer un recel. Pour que ce détenteur soit condamné pour vol, il faut donc être certain qu'il a accédé aux informations au moment de leur reproduction frauduleuse, c'est-à-dire qu'il utilisait la disquette à cet instant précis¹⁹¹.

419 Ainsi, même si le support se pose comme l'instrument de preuve le plus solide, il n'en constitue finalement qu'un parmi d'autres et ne suffit pas toujours à fonder une condamnation ; sa subsistance n'est pas absolument nécessaire à la preuve de l'infraction et contribue même, bien souvent, à la confusion entre les objets supposés de l'atteinte. Cette méprise disparaît cependant, la plupart du temps, à l'analyse des espèces. Par exemple, si l'auteur utilise, pour stocker les informations frauduleusement appropriées, sa propre disquette, seules ces premières peuvent valablement prétendre être l'objet de l'infraction commise ; la disquette retrouvée sera bien une preuve de la soustraction, mais assurément pas

¹⁹⁰ Pas sur du vent donc ou, plus pertinemment, à propos du vent, qui est une chose commune. A l'inverse, un litige est possible à propos de la propriété de l'eau ou de l'électricité, qui sont des choses appropriables. V. par ex., pour des soustractions frauduleuses d'eau : Cass. crim., 15 déc. 1970, *Bull. crim.*, n° 337 ; Cass. crim., 11 oct. 1978, *Bull. crim.*, n° 270 ; Cass. crim., 14 mars 2000, inédit, pourvoi n° 99-84917. V. aussi, pour des soustractions frauduleuses d'électricité : Cass. crim., 10 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 108 ; Cass. crim., 12 déc. 1984, *Bull. crim.*, n° 403 ; Cass. crim., 3 mars 2004, inédit, pourvoi n° 03-82300.

¹⁹¹ Comp. Cass. crim., 12 janv. 1989, préc. : les prévenus « ont été déclarés coupables, d'une part, du vol de 70 disquettes, et, d'autre part, de celui du contenu informationnel de 47 de ces disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction des informations, le tout au préjudice de la SA B. qui en était propriétaire » (nous soulignons).

son objet¹⁹². Par conséquent, le support d'un bien immatériel représente avant tout, lorsque le droit pénal est mis en œuvre, un instrument de preuve précieux qui ne se confond pas avec l'objet de l'infraction. L'éventuelle incorporelité du support n'est donc pas un problème inexorable, puisqu'elle peut être compensée par la matérialité d'autres éléments de preuve.

420 En second lieu, mais principalement, il faut déterminer qui approprie légitimement et qui porte atteinte, c'est-à-dire qu'il est nécessaire de désigner précisément le propriétaire de la chose ou, à tout le moins, démontrer que ce n'est pas celui qui a agi¹⁹³. A cette fin, la liberté de la preuve est un précieux atout, ce principe régissant pragmatiquement, tout à la fois, bien que pour des raisons différentes, le droit de la propriété et le droit pénal. Pour les biens incorporels, cette preuve correspond de surcroît, bien souvent, à celle de leur existence, puisque ceux-ci apparaissent notamment à travers leur appropriation. Or, une fois de plus, si le propriétaire du bien n'est pas nécessairement le même que celui du support, il faut bien admettre que, la plupart du temps, tel est le cas : l'existence du bien servant ne se justifie que par celle du bien qui en bénéficie. Ainsi, la propriété du support peut participer à la preuve de la propriété du bien incorporel dont il permet l'accès, bien que de la preuve de cette première ne s'induisse pas, automatiquement, cette seconde. De même, celui qui s'est frauduleusement approprié le support l'a généralement fait avant tout pour accéder au bien incorporel, sa possession du bien servant, bien qu'étant déjà la conséquence d'un vol en soi, devant donc inciter à la recherche de la possession du bien servi. Le support, matériel ou pas, représente bien l'instrument de preuve le plus essentiel d'une infraction contre la propriété d'une chose incorporelle.

421 Cette rapide incursion dans la pratique démontre, en tous les cas, la nécessité d'approfondir les problèmes pragmatiquement posés par l'incorporelité de certains biens, que ceux-ci constituent des valeurs ou des supports de valeur, afin de savoir s'ils constituent un obstacle réel à la réception de ces biens par le droit pénal.

¹⁹² Comp. Cass. crim., 9 sept. 2003, préc. : le prévenu avait, en l'occurrence, dupliqué par ses propres moyens « le contenu informationnel d'une disquette support du logiciel SC, sans pouvoir justifier d'une autorisation de reproduction et d'usage du légitime propriétaire ». Il n'a donc pas été condamné pour le vol d'un support quelconque, n'ayant soustrait frauduleusement que des informations.

¹⁹³ Certains arrêts posent, en effet, qu'il n'est pas nécessaire de connaître l'identité du propriétaire pour réprimer un vol : v., par ex., Cass. crim., 16 mars 1923, *D.*, 1924, I, 136 ; Cass. crim., 27 avr. 1966, *D.*, 1966, juris. p. 489 ; Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318 ; *D.*, 2001, juris. p. 1052, note T. GARE. – V. *infra*, n° 814.

422 CONCLUSION DU CHAPITRE 1. – La valorisation des biens, étape ultime de leur dématérialisation, ne se présente pas, malgré les apparences, comme un obstacle à leur prise en compte par le droit pénal. Recevant, d’abord, la valeur comme le bien autonome qu’elle constitue désormais, le droit répressif assume la particularité d’un tel objet, en préservant aussi bien les choses utiles immédiatement et intrinsèquement, que les choses utiles prospectivement et extrinsèquement. Il protège, ainsi, les valeurs d’usage et les valeurs d’échange qu’il contribue, au préalable, à déceler, permettant par là même, parce qu’il les considère toutes identiquement, de reconstituer exhaustivement le processus de réification d’une valeur : la valeur d’usage d’une chose, même si elle ne prend la forme que de son utilisation économique, constitue la cause unique de son appropriation, cette dernière la dotant alors d’une valeur plus objective ; sa valeur d’échange n’apparaît, en revanche, que postérieurement à l’appropriation, et autorise, par la fongibilité qu’elle instaure entre presque tous les biens, une prise en compte homogène des valeurs. Tirant les fruits de cette construction, le droit pénal utilise les techniques de la valeur, particulièrement la subrogation réelle et la fongibilité, au service de sa politique, puis de sa mise en œuvre.

423 Recevant, ensuite, la valeur comme un bien incarné, le droit pénal assume la structure nécessaire des mouvements de valeur, en protégeant aussi bien la valeur, en soi, que l’ensemble de ses supports, quels qu’ils soient. A ce sujet, les différentes appropriations frauduleuses d’informations permettent de démontrer que, s’il existe une véritable indépendance entre la valeur alors préservée et ses supports, ceux-ci entretiennent avec celle-là un rapport fictif de représentation. Pour autant, cette fiction ne faisant qu’aménager la réalité, elle doit être préférée, malgré ses inconvénients, principalement la multiplication des supports qu’elle implique parfois, à celle de la mobilisation des biens incorporels, qui se substitue à la réalité. L’encadrement des mouvements de valeur par le droit pénal n’en ressort finalement que mieux assuré, puisque les supports, corporels ou incorporels, bénéficient ainsi d’une protection propre, qui s’ajoute à celle de la valeur, reconnaissance sans doute de leur utilité extrinsèque dans l’apparition, la circulation et la preuve de cette dernière.

424 Cette réception pénale des biens malgré leur valorisation représente la prémisse d’un aboutissement qui doit désormais être confirmé par la confrontation de la dématérialisation des biens aux principales difficultés d’application de la loi répressive. La réception des biens par le droit pénal doit, en effet, également pouvoir s’opérer en dépit de leur incorporelité.

Chapitre 2. La réception malgré l'incorporalité

425 L'INCORPOREL ET LA REPRESSION¹. – Ce qui n'a point de corps ne peut, intrinsèquement, être saisi ou situé. L'immatérialité et l'ubiquité, caractères propres à tout bien incorporel, se présentent ainsi comme de sérieux obstacles à la répression. Toutefois, les difficultés, pour être réelles, ne doivent pas être exagérées : la particularité des objets incorporels ne joue aucun rôle, par exemple, en matière d'application de la loi pénale dans le temps, ou encore, en raison de la diversité des critères légaux de rattachement, dans la détermination de la juridiction interne compétente². En revanche, tout autres paraissent être les questions de la preuve et de l'application de la loi pénale dans l'espace, principalement, pour lesquelles la faible teneur en matérialité d'une chose semble de nature à constituer un véritable problème.

426 En effet, le bien représentant une partie de l'élément matériel de chaque incrimination dont la cause réside dans la protection de la propriété³, son incorporalité peut, tout d'abord, complexifier la recherche probatoire d'au moins deux des trois éléments constitutifs de l'infraction. A l'étude, cependant, il apparaît qu'il faille déjà modérer l'affirmation : la démonstration de l'ouverture de l'élément légal aux biens incorporels, certes de nature technique, ne ressortit pas tant à la preuve dans un cas donné, qu'à une politique d'interprétation. La loi est effectivement la même pour tous or, précisément, rien ne semble s'opposer à ce que le « bien » ou la « chose d'autrui » des textes considérés puissent désigner, notamment, des objets immatériels⁴. Une fois cela admis, il ne reste alors qu'à constater que la preuve de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel n'est, finalement, pas plus compliquée à rapporter que celle de la soustraction ou du détournement d'un bien corporel, puisqu'elle emprunte une forme relativement similaire. Plus encore, à condition de distinguer le bien incorporel de son support, ce qu'autorise l'examen de leurs utilités respectives, celui-ci se pose comme un instrument de preuve privilégié de l'atteinte portée à celui-là. Ainsi, au

¹ Comp. G. VERMELLE, « L'immatériel et la répression », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 213 et s.

² V. par ex., pour le tribunal correctionnel, art. 382, al. 1^{er}, C. proc. pén. : « *Est compétent le tribunal correctionnel du lieu de l'infraction, celui de la résidence du prévenu ou celui du lieu d'arrestation ou de détention de ce dernier, même lorsque cette arrestation ou cette détention a été opérée ou est effectuée pour une autre cause* ».

³ V. *supra*, n^{os} 13 et s.

⁴ V. *supra*, n^{os} 58 et s.

stade de l'élément matériel, la démonstration de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel est possible.

427 L'incorporalité est susceptible, ensuite, de complexifier la localisation de l'infraction. Là encore, pourtant, il appert rapidement que l'immatérialité et l'ubiquité ne constituent pas vraiment des obstacles insurmontables à l'application de la loi pénale dans l'espace. D'une part, en effet, l'analyse structurelle de l'infraction commandée par l'article 113-2 du Code pénal, qui reconnaît compétence à la France chaque fois que le moindre « *fait constitutif* » d'une infraction a été commis sur le territoire national, conduit à une approche très compréhensive de l'élément localisateur, ce dernier pouvant même s'accommoder de son incorporalité. D'autre part, l'intervention nécessaire, lors de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel, d'un ou de plusieurs supports adaptés à sa représentation, est de nature, comme en matière probatoire, à compenser l'ubiquité de l'objet de l'infraction. Par conséquent, la localisation de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel s'avère, selon ces différents moyens, parfaitement envisageable.

428 INCORPOREL ET APPLICATION DE LA LOI PENALE. – Une fois l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel réalisée, se posent donc principalement deux problèmes, dont aucun ne représente un véritable obstacle à la répression : la preuve de l'infraction, et sa localisation. Toutes deux concernent, en définitive, l'application de la loi pénale, qu'il s'agisse, pour la première, de faire en sorte qu'une loi pénale donnée sanctionne la commission d'un comportement prohibé (**Section II**) et, pour la seconde, de savoir préalablement si la loi pénale française aura pour vocation de régir un tel comportement (**Section I**).

Section I. L'APPLICABILITE DE LA LOI PENALE FRANÇAISE A L'INCORPOREL : LA LOCALISATION DE L'INFRACTION

429 L'IMMATERIEL ET L'EXTRANEITE. – L'immatériel transcende les frontières, puisqu'il postule l'ubiquité. A l'égard d'un objet que l'on ne peut situer dans l'espace, les notions de territorialité et d'extranéité s'étiolent, à tel point qu'il paraît impossible, d'un côté, de rattacher un bien sans corps à un ordre juridique quelconque et, d'un autre côté, d'en défendre l'accès en dehors de cet ordre. Le paradoxe est alors flagrant : bien que l'objet incorporel soit, de tous, le plus largement vulnérable, il reste le plus difficile à protéger.

430 En réalité, pourtant, le droit pénal international semble composer aisément avec la dématérialisation. En premier lieu, l'appropriation d'un bien incorporel lui offre déjà, indépendamment de sa propre localisation, un rattachement juridique personnel : l'ordre juridique correspondant à la nationalité de son propriétaire. En effet, « *la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, [...] lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* »⁵. Entrent alors dans ce domaine, notamment, le vol, l'abus de confiance et l'escroquerie. Toutefois, il ne s'agit là, à juste titre⁶, que d'une compétence subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle n'importe que si l'infraction a été commise « *hors du territoire de la République* ». En second lieu, et principalement, c'est donc la géographie de l'infraction qu'il faut préalablement connaître, afin de déterminer si une infraction peut être commise sur le territoire français malgré un objet immatériel.

431 L'IMMATERIEL ET LA TERRITORIALITE. – Le droit pénal est un construit essentiellement souverain, dès sa source, ordinairement légale, jusqu'à sa mise en œuvre, succession d'actes d'autorité⁷. Le territoire fixe les limites d'une souveraineté ; aussi apparaît-il justifié que la loi pénale française s'applique, en vertu de l'article 113-2, alinéa 1^{er}, du Code pénal, « *aux infractions commises sur le territoire de la République* ».

432 L'infraction est une réunion d'éléments dont la somme est constitutive. Elle peut alors obéir, dans une forme basique, à la règle des trois unités, un fait juridique conscient et volontaire se déroulant en un seul instant et en un seul lieu. Mais elle peut tout autant, selon différentes modalités, se propager dans le temps et dans l'espace et, ainsi, s'accomplir pour partie en territoire étranger. Dans un tel cas de figure, soit lorsque existe un élément d'extranéité, il faut déterminer quelle est la localisation de l'infraction prise dans son ensemble, afin de savoir si l'ordre répressif français demeure compétent. A cette fin, l'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal pose que « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Il établit donc que la localisation de

⁵ Art. 113-7 C. pén. L'application est subordonnée à des conditions de procédure : art. 113-8 à 113-9 C. pén. Le juge pénal français est alors compétent : art. 689 C. proc. pén.

⁶ Pratiquement, « *on peut douter qu'un juge d'instruction français soit ici plus utile, fonctionnant par commissions rogatoires, que son collègue du pays de commission* » : C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, coll. Précis, Dalloz, 1979 (2^{ème} éd.), n° 293, p. 409. Plus fondamentalement, cette compétence privatise la répression ; or, tel n'est pas l'objet de la règle pénale : v. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux », *RID pén.*, 1950, p. 518. – La compétence personnelle passive est, de toutes, la plus critiquée par la doctrine : v. D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 24, Dalloz, 2003, n° 43, p. 30-31.

⁷ Voir C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 248, p. 302-303 ; C. CASTELLA, *Souveraineté de l'Etat et pouvoir de punir*, thèse, Toulouse I, 2009, *passim*.

l'infraction s'opère par celle de l'un quelconque⁸ de ses faits constitutifs, mais il ne précise pas comment localiser ce dernier, ne faisant alors que reporter le problème⁹.

433 La dématérialisation des infractions « *contre les biens* » est avant tout celle de l'élément matériel, c'est-à-dire qu'elle se propage généralement de l'objet au comportement¹⁰. Ainsi, une infraction peut apparaître absolument immatérielle, le problème de sa localisation étant donc susceptible de se poser alors même qu'elle revêt la forme la plus simple. A l'approche traditionnelle sériant les infractions en fonction de leur complexité matérielle¹¹, il faut donc préférer, lorsqu'il s'agit de la protection de biens incorporels, la prise en compte de leur teneur en matérialité. En effet, une infraction peut être plus ou moins dématérialisée, la difficulté de sa localisation évoluant logiquement selon cette variable : alors que la dématérialisation absolue de l'infraction rend nécessaire la recherche d'un moyen de localisation de l'un quelconque de ses « faits constitutifs », essentiellement l'action et son résultat, la dématérialisation du seul objet de l'atteinte permet déjà la localisation de l'infraction par l'un de ses faits constitutifs matériels. Toutefois, ces derniers peuvent être localisés à l'étranger, le seul rattachement possible de l'infraction au territoire français étant alors le bien. La compétence de l'ordre répressif français, dans un tel cas de figure, est donc tributaire de la qualification du bien comme élément localisateur de l'infraction et, de nouveau, de la recherche d'un rattachement de ce dernier au territoire français.

434 En conséquence, afin de s'assurer qu'une infraction contre un bien incorporel est située sur le territoire français, il faut, dans un premier temps, déterminer la localisation d'une infraction malgré son immatérialité (§ 1) puis, dans un second temps, s'assurer que le bien immatériel peut lui-même être perçu comme un élément localisateur de l'infraction (§ 2).

⁸ Comp. Cass. crim., 31 août 1911, *Rev. crit. DIP*, 1912, p. 360 : « *Il suffit qu'un élément quelconque d'une telle infraction fût en rapport avec le territoire français* » (nous soulignons).

⁹ Le problème de la localisation d'un élément constitutif existe en des termes inchangés depuis longtemps déjà, l'article 113-2 du Code pénal n'ayant fait, sous couvert d'une réécriture, qu'avaliser la règle posée par l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, qui lui-même avait légalisé une pratique jurisprudentielle antérieure à 1958. Dans le sens de l'aval, v. par ex. J. FOYER, « Avant-propos » à la réédition de l'ouvrage de H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international* (Sirey, 1928), coll. Les Introuvables, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. VIII ; dans le sens de la légalisation, v. par ex. C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 250, p. 304 et s. – La Cour de cassation pose également que les dispositions de l'article 693 du Code de procédure pénale sont « *reprises dans l'article 113-2 du Code pénal* » : v. par ex. Cass. crim., 28 nov. 1996, *Bull. crim.*, n° 437.

¹⁰ V. *supra*, n°s 164-169.

¹¹ V., par ex., A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, coll. Thémis, PUF, 2005 (3^{ème} éd.), n° 131, p. 219 et s.

§ 1. La localisation d'une infraction malgré son immatérialité

435 LA PERENNITE DE LA TERRITORIALITE MALGRE LES DIFFICULTES DE LOCALISATION DE L'INFRACTION. – Certaines incriminations paraissent devoir générer un régime particulier de localisation, en raison de la difficulté à restreindre leur matérialité dans un espace donné. C'est le cas, par exemple, du recel et du blanchiment, délits dont la potentielle évanescence rend illusoire, parfois, l'établissement de véritables frontières de la répression¹². Plus explicitement, d'autres infractions moins notoires postulent un rattachement au-delà du territoire français, leur commission supposant, notamment, des mouvements de biens entre la France et l'étranger. Elles n'autorisent alors pas l'extranéité, mais la nécessitent plutôt. Ainsi, le délit de communication de documents économiques à l'étranger réprime la divulgation de certaines informations à une autorité publique étrangère. La communication peut alors, selon le texte, tout autant se dérouler à partir du pays émetteur de l'information, la France, qu'à partir du pays récepteur, c'est-à-dire à l'étranger¹³. Il semble donc que la loi française ne s'applique pas toujours à raison de la territorialité de l'élément matériel de l'infraction.

436 Toutefois, ce dernier constat doit être nuancé. En premier lieu, le délit de communication d'informations économiques à l'étranger ne connaît que potentiellement un champ d'application extraterritorial. Il n'existe en effet, pour le moment, aucune décision qui permette de l'affirmer, et l'incrimination autorise une application territoriale déjà large, par

¹² En ce sens, v. S. MANACORDA, « Criminalité économique et contexte international », in *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, t. IV, Ed. M.S.H., 1996, p. 8 et s. ; D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n^{os} 244 et s., p. 132 et s. – V., par ex., Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n^o 224 ; *JCP G.*, 2008, II, 10047, note M. SEGONDS ; *D.*, 2008, juris. p. 1179 et s., note D. REBUT : alors que le recel a été commis en Belgique, est justifiée la décision par laquelle une chambre de l'instruction a retenu la compétence des juridictions françaises, sur le fondement de l'article 113-2 du Code pénal, les vols dont provenaient les oeuvres d'art recélées ayant tous été commis sur le territoire national.

¹³ Art. 1^{er} de la loi n^o 68-678 du 26 juill. 1968 « relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime » : « Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique, dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin (nous soulignons). Cette loi a été modifiée substantiellement par la loi n^o 80-538 du 16 juillet 1980 « relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères » : v. D. BARLOW, « La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux », *JCP E.*, 2007, 2330. – V. aussi, dans la même optique, le délit spécial de blanchiment de l'article 415 du Code des douanes, qui réprime ceux qui ont « par exportation, importation, transfert ou compensation, procédé ou tenté de procéder à une opération financière entre la France et l'étranger portant sur des fonds qu'ils savaient provenir, directement ou indirectement, d'un délit prévu [par le Code des douanes] ou d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants ».

exemple en visant n'importe quelle forme de communication¹⁴. En second lieu, la compétence territoriale reste durablement la compétence de principe. Ses fondements sont anciens et sa consécration est universelle¹⁵ ; seul le constat de ses failles peut donc pertinemment conduire à l'écartier¹⁶. Or, le législateur a plutôt fait le choix de la sauvegarder, en considérant territoriale une infraction qui ne le serait pas exclusivement. Ainsi, l'infraction est, par le jeu d'une fiction légale posée par l'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal, « *réputée [entièrement] commise sur le territoire de la République* », alors même qu'elle ne l'est que partiellement. Mais cette décomposition de l'infraction ne se justifie vraiment, par impératif de sécurité juridique, qu'à condition que l'on puisse en mener la systématisation. Elle conduit donc, classiquement, à effectuer une analyse structurelle de l'infraction.

437 LA CONSEQUENTE NECESSITE D'UNE ANALYSE STRUCTURELLE DE L'INFRACTION. – La doctrine pénaliste pratique l'analyse structurelle de l'infraction de longue date¹⁷ ; il ne semble donc s'agir, pour localiser une infraction dans l'espace international, que de projeter « *au plan international des définitions de droit interne* »¹⁸. Cependant, si le consensus des interprètes du droit pénal se cristallise désormais autour de la notion d'« éléments », il éclate aussitôt dès qu'il s'agit, soit de lui donner un contenu, soit de la remplacer par une notion contiguë. Aussi la localisation internationale d'une infraction apparaît-elle finalement frappée d'incertitude, le législateur ayant fait référence, dans l'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal, à la notion autonome et inédite de « faits constitutifs » de l'infraction. Constituant pourtant, dorénavant, le seul objet positif de localisation de toute infraction, celle-ci doit nécessairement, dans un premier temps, être interprétée **(A)**. Ce n'est alors que dans un second temps, cette fois exclusif aux infractions immatérielles, qu'il faut envisager un objet pour le moment prospectif en ce domaine : le fait constitutif immatériel **(B)**.

¹⁴ La seule espèce connue a conduit à la condamnation du correspondant sur le territoire français de l'avocat du commissaire aux assurances d'un Etat américain. Celui-ci a, dans le but de constituer des preuves dans l'affaire opposant ledit commissaire à une mutuelle d'assurance française, sollicité et provoqué la communication d'informations concernant cette dernière par son ancien administrateur : CA Paris, 28 mars 2007, *JurisData* n° 332254, sur lequel v. D. BARLOW, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵ Voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 13 et s. ; C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 248, p. 302-303 et p. 345 ; A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, n° 129, p. 216-217 et n° 132, p. 223 ; D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n°s 26 et s., p. 19 et s.

¹⁶ Pour un tel constat, mais seulement en ce qui concerne des infractions « accessoires », et pour la proposition d'un autre critère de compétence, v. D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n°s 240 et s., p. 131 et s., et n°s 397 et s., p. 211 et s.

¹⁷ Voir J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 269 et s.

¹⁸ R. KOERING-JOULIN, A. HUET, *J.-Cl. Droit international*, *V^{ts} Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française*, fasc. 403-10, n° 57, p. 15.

A. L'objet positif de la localisation : le « fait constitutif »

438 LA NOTION DE « FAIT CONSTITUTIF ». – L'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal localise l'infraction par l'un quelconque de « *ses faits constitutifs* », formule inédite au regard de la législation antérieure à 1994¹⁹ et insolite en considération des principes généraux du Code pénal nouveau. Toutefois, ces derniers caractères sont relatifs : malgré sa nouvelle forme, la règle marque davantage une continuité qu'une rupture, et la référence à la factualité constitutive n'est pas l'apanage de l'application de la loi pénale dans l'espace²⁰. Il n'en demeure pas moins que la formule a été pensée et, en cela, qu'elle autorise l'exégèse²¹.

439 Le fait est, tout à la fois, le comportement et son produit immédiat, c'est-à-dire « *tout ce qu'on fait ou peut faire* »²² et ce qu'on constate alors, « *la chose faite* »²³. Malgré sa cause nécessairement subjective et, partant, contingente, le fait partage donc, finalement, l'objectivité de la chose. C'est pourquoi le droit pénal sollicite le fait à ces deux titres : tout d'abord, il ne sanctionne, la plupart du temps, que celui qui agit volontairement, prenant ainsi en considération l'origine subjective du fait ; ensuite, il utilise la situation objective qui en résulte pour justifier sa sanction. La durée et la tangibilité du fait n'atteignent toutefois pas celles de la chose. Cependant, elles suffisent à démontrer que quelque chose s'est produit et, par conséquent, que des causes en sont à l'origine. Le droit pénal peut alors de nouveau utiliser le fait, considéré cette fois comme le résultat d'une telle causalité, afin de remonter la chaîne des causes et, ainsi, sanctionner d'éventuels participants indirects à l'infraction. C'est, par exemple, la raison pour laquelle il faut, en matière de complicité, démontrer, en premier lieu, l'existence d'un « *fait principal punissable* », référence essentiellement objective selon le juge pénal²⁴. La localisation d'une infraction ne pouvant, comparativement, s'opérer par la

¹⁹ Avant 1994, la question était régie par l'article 693 du Code de procédure pénale : « *Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* ».

²⁰ V. art. 112-1, al. 1^{er}, C. pén. : « *Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* » ; art. 434-26 C. pén. : « *Le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ».

²¹ En ce sens, M. MASSE, « Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal », *in Rev. sc. crim.*, 1990, p. 401, n° 20.

²² Littré, V° Acte.

²³ Littré, V° Fait.

²⁴ V. Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 5 ; *JCP G.*, 2003, II, 10159, note W. JEANDIDIER ; *D.*, 2004, somm. p. 310, obs. B. DE LAMY : la relaxe de l'auteur principal pour défaut d'intention coupable n'exclut pas la culpabilité de son complice, dès lors qu'il existe un « *fait principal punissable* ».

seule intention de son auteur²⁵, c'est, en définitive, un fait entendu de la sorte qu'il est donc nécessaire de prendre en compte.

440 L'objectivité d'une infraction prenant la forme de son élément matériel, c'est-à-dire celle de l'atteinte portée à un objet²⁶, les faits objectivement constitutifs de l'infraction sont alors son effet, la rencontre de l'atteinte et de l'objet, et sa cause, l'atteinte seule. Aucune distinction n'étant faite au sein du texte, il apparaît donc possible de localiser l'infraction aussi bien au lieu de son exécution matérielle, qu'à celui de la réalisation de son effet, ce que la jurisprudence confirme en utilisant comme instrument de localisation parfois l'un et parfois l'autre. C'est la consécration de la théorie dite de « l'indifférence »²⁷. La règle est alors simple, mais son application l'est beaucoup moins : la spécialité des infractions rend, en effet, difficile une approche générale de ces localisations. Elle n'en reste pas moins nécessaire, le principe de territorialité s'appliquant à l'ensemble des infractions, et peut d'ailleurs être menée, à condition toutefois de bien distinguer la cause (1) de l'effet (2).

1. La localisation de la cause

441 LE FAIT CONSTITUTIF-CAUSE. – L'atteinte se décompose, parfois, en différents faits. Par exemple, les manœuvres frauduleuses de l'escroquerie peuvent se dissocier dans le temps et dans l'espace. Dès lors, en raison de l'atomisation de l'infraction qui en résulte, le risque est patent d'un « impérialisme » de la compétence française²⁸. C'est pourquoi, à ce stade, il ne s'agit plus d'être indifférent : le fait « constitutif » représente, exclusivement, celui qui participe de la commission de l'infraction. Il se distingue donc des faits qui demeurent neutres pénalement, c'est-à-dire, en premier lieu, des « conditions préalables ». Mais celles-ci étant, au sein de la théorie de l'infraction, en relation avec l'objet plutôt qu'avec l'atteinte, leur étude ressortit plus logiquement à celle du bien, alors même qu'il s'agit désormais de s'intéresser au droit pénal international²⁹. En second lieu, tout fait antérieur tendant à la

²⁵ Voir C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 252, p. 307-308 et p. 346-347.

²⁶ V. *supra*, n°s 23-28, spéc. n° 28.

²⁷ Voir R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, Sirey, 1913 (3^{ème} éd.), n° 171, p. 363-368. Pour l'utilisation d'une cause, v. par ex. Cass. crim., 30 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 180 : l'abus de confiance dont le détournement a été accompli en France est réputé commis sur le territoire français ; pour l'utilisation d'un effet, v. par ex. Cass. crim., 15 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 352 : le délit de pollution de cours d'eau dont l'action polluante a été commise à l'étranger, mais dont le dommage a été ressenti en France, est réputé commis en France.

²⁸ Voir R. LEGAIS, « L'évolution des solutions françaises de conflits de loi en matière pénale », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 553.

²⁹ Sur l'étude des conditions préalables au sein de la théorie de l'infraction, v. *supra*, n°s 24-28 ; au sein de l'approche du bien en droit pénal international, v. *infra*, n°s 474-476.

consommation d'une infraction n'est pas nécessairement constitutif de cette dernière. Il faut, en effet, que le fait soit dépourvu d'équivoque, qu'il s'inscrive sans conteste dans un projet infractionnel dont l'issue logique est la consommation. C'est à une appréciation comparable à celle de la tentative que conduit, finalement, l'analyse structurelle de l'infraction en droit pénal international³⁰.

442 Pour qu'il y ait tentative, il faut, selon le Code pénal, qu'ait été manifesté un « commencement d'exécution », ce que la Cour de cassation définit de façon récurrente comme étant un ou plusieurs actes « *qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit* »³¹. Ces actes constitutifs s'opposent alors aux simples actes préparatoires, dont l'équivocité n'autorise que l'hypothèse, insuffisante à démontrer que la volonté de l'agent était réellement tendue vers la réalisation de l'infraction. Paradoxalement, l'utilisation, par le droit pénal international, des avancées de la notion de tentative s'avère, dans un premier temps, problématique. Que faire, en effet, si un acte préparatoire a eu lieu en France, mais que le commencement d'exécution s'est finalement déroulé à l'étranger ? Il y a alors bien tentative selon le droit français, mais l'ordre répressif français ne semble pas être compétent. Doit-on, ainsi, doter l'acte préparatoire d'un caractère localisateur ?

443 Sans que la question n'apparaisse véritablement tranchée en jurisprudence³², la réponse se dessine au regard de la théorie de la tentative. La tentative est une « *anticipation*

³⁰ En ce sens, C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 253, p. 308-309 et p. 347-348.

³¹ Art. 121-5 C. pén. ; Cass. crim., 3 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 157 ; Cass. crim., 5 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 212 ; Cass. crim., 10 oct. 2001, inédit, pourvoi n° 01-83433. Pour une formule très proche, v. Cass. crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 292 et 293 ; Cass. crim., 18 août 1973, *Bull. crim.*, n° 339 ; Cass. crim., 15 mai 1979, *Bull. crim.*, n° 175 ; Cass. crim., 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n° 219 ; Cass. crim., 14 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 222. – En la matière, les résurgences de l'intention, bien que certaines et rationnelles, n'ont pas vraiment d'intérêt dans le cadre de l'étude de la localisation de l'infraction.

³² V. par. ex. Cass. crim., 11 avr. 1988, *Bull. crim.*, n° 144 : « *Si les démarches effectuées à l'étranger par S. en vue d'obtenir la garantie de paiement ont seules caractérisé le commencement d'exécution de la tentative d'escroquerie commise au préjudice de l'organisme britannique sollicité, la rédaction préalable du contrat en France et la confection des traités par C. formaient avec la dernière opération les composantes nécessaires des manœuvres frauduleuses retenues* » : la formule est empreinte de paradoxe, même si la solution semble affirmer que le commencement d'exécution peut, seul, localiser la tentative. En effet, après avoir affirmé que le commencement d'exécution était caractérisé par les seules démarches effectuées à l'étranger, la Cour reconnaît finalement la compétence française, car la rédaction du contrat et la confection des traités formaient également des composantes nécessaires des manœuvres frauduleuses, commencement d'exécution de l'escroquerie. En réalité, les faits situés en France avaient plutôt le caractère d'actes préparatoires : v., en ce sens, D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 298, p. 156. – V. aussi Trib. correc. Seine, 19 déc. 1956, *JCP*, 1963, IV, n° 144 : est coupable de tentative d'importation frauduleuse le destinataire, en France, de marchandises saisies en Angleterre, avant même qu'il ne se soit présenté au contrôle douanier, son intention délictueuse ayant été démontrée par l'existence d'opérations frauduleuses antérieures déjà effectuées pour son compte en France. Ce qui semble, classiquement, faire basculer les faits antérieurs de la qualification d'actes préparatoires à celle de commencement d'exécution, est l'intention : v., en ce sens, C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 252, p. 347.

répressive »³³ : véritable infraction dotée d'un résultat légal propre, elle se définit également, en considération du résultat redouté qui n'a pas été atteint, comme une infraction non consommée. Son incrimination révèle l'existence et l'effectivité d'une analyse subjective de l'infraction en droit pénal français, même si sa sanction nécessite la démonstration de l'existence d'un support objectif à l'intention criminelle. S'il est, alors, facile d'admettre que l'infraction imparfaite ne doit pas rester impunie, c'est à la condition d'encadrer strictement cette répression. C'est pourquoi, malgré sa vocation générale, la tentative ne concerne en réalité que les infractions les plus graves. Le juge pénal n'est, ainsi, compétent que pour certains commencements d'exécution. En conséquence, il apparaît logique que la projection de la théorie en droit pénal international s'accorde à cette conception limitative : il faut qu'existe, sur le territoire français, un véritable commencement d'exécution. A défaut, on pêche certainement par excès de structuralisme, en permettant de situer une infraction imparfaite par un élément qui ne permet même pas de situer une infraction parfaite³⁴. Une fois ce point éclairci, il est possible, dans un second temps, d'examiner l'apport en droit pénal international de la théorie de la tentative pour les infractions consommées.

444 Le fait localisateur prend donc la forme du commencement, de la continuation ou de l'achèvement de l'exécution d'une infraction, c'est-à-dire d'« *actes [...] ayant une relation nécessaire et directe avec le délit consommé [...] et tendant immédiatement à sa perpétration* »³⁵. Le commencement marque le seuil à partir duquel l'acte est suffisamment engagé dans le processus infractionnel pour révéler qu'une infraction sera commise, sauf suspension de l'auteur ou circonstances indépendantes de la volonté de ce dernier³⁶. La continuation et l'achèvement se situent au-delà encore, actes dont l'univocité n'encourt généralement pas la polémique. Le juge pénal discrimine alors ce qui prépare, de ce qui exécute. Par exemple, constitue un commencement d'exécution du délit d'escroquerie, la commission de manœuvres frauduleuses en vue d'obtenir la remise d'un bien³⁷. Ensuite,

³³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.), n° 268, p. 280. – Adde L. ROZES, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.*, 1975, n°s 31 et s., p. 622 et s.

³⁴ *Contra*, D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 296, p. 155, qui pense que l'excès de structuralisme se situe, à l'inverse, dans l'exclusion des actes préparatoires comme élément localisateur. Pourtant, c'est justement en permettant de situer la tentative à la fois dans le pays où ont été commis les actes préparatoires, et dans celui où s'est manifesté le commencement de l'exécution, que l'on décompose exagérément une telle infraction.

³⁵ Cass. crim., 27 juill. 1933, *DH*, 1933, 1, p. 159 ; cité par C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 253, p. 309 et 347.

³⁶ Comp. art. 121-5 C. pén.

³⁷ C'est pourquoi, « *faute d'avoir caractérisé l'existence de manœuvres frauduleuses, la chambre d'accusation n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de s'assurer que les deux lettres postées en France et qui auraient contenu des allégations mensongères, constituaient bien l'une des composantes des manœuvres frauduleuses imputées à l'inculpé, ce qui aurait justifié, aux termes de l'article 693 du Code de procédure pénale, la*

s'inscrit dans la continuité de l'exécution commencée du délit de recel le fait de vendre et, partant, de tirer un bénéfice, de biens détenus provenant de la commission d'une infraction³⁸. Enfin, la remise des fonds achève l'exécution d'une escroquerie³⁹. A l'inverse, ne constituent pas des faits constitutifs de l'infraction de banqueroute, l'achat de marchandises et les stipulations faites à cette occasion de longues échéances de paiement⁴⁰. Reste, alors, une seule véritable difficulté qui, bien que ne paraissant pas concerner directement les infractions contre la propriété, doit cependant être abordée, en ce qu'elle pose un problème similaire à celui de la prise en compte des biens incorporels : « *ce qu'on ne fait pas ne se produit nulle part, de sorte que l'abstention est partout* »⁴¹ ; comment, en effet, peut-on situer une omission ?

445 LA FAUSSE DIFFICULTE : LA LOCALISATION D'UNE OMISSION. – La jurisprudence, en considération du fait que « *l'abstention suppose inévitablement une obligation préalable d'agir* »⁴², localise une telle infraction au lieu où l'exécution était attendue, c'est-à-dire à l'endroit où son défaut a révélé la violation de la norme pénale. En apparence simple, et en parfaite conformité avec le droit international privé⁴³, une telle règle de localisation reporte en réalité la difficulté dans la détermination du lieu de l'exécution. En effet, une obligation comporte occasionnellement plusieurs modes d'exécution, chacun étant alors susceptible d'offrir une localisation propre. De même, il n'est parfois pas évident de savoir quel est le lieu

compétence des juridictions françaises pour connaître des délits qui auraient été commis hors du territoire français par un ressortissant étranger » : Cass. crim., 19 avr. 1983, *Bull. crim.*, n° 108.

³⁸ Comp. Cass. crim., 12 mai 1987, inédit, pourvoi n° 85-96418 : condamnation par une juridiction française pour recel de fausses œuvres d'art de la personne qui, les ayant d'abord déposées dans le coffre d'une banque suisse, les a ensuite vendues à un musée et à un collectionneur français.

³⁹ Cass. crim., 28 nov. 1996, préc. : un citoyen belge établi en Espagne propose des prêts à taux avantageux et fait souscrire à ses clients des bons d'achat portant sur des objets d'art supposés être revendus moyennant plus-value. A l'aide d'intermédiaires, il recueille alors les fonds sans jamais s'acquitter de la contrepartie attendue. Parmi ces clients, figurent des ressortissants français, ces derniers ayant été informés par des publicités diffusées en France, puis ayant remis les fonds à des intermédiaires de l'escroc sur le sol français. La loi pénale française est donc applicable, et il y a assurément escroquerie.

⁴⁰ Cass. crim., 5 févr. 1857, *S.*, 1857, 1, p. 220 : « *considérés en eux-mêmes et isolément des faits dont la perpétration a eu lieu sur le sol étranger, ne constituent aucun des éléments légaux du crime de banqueroute frauduleuse qui consiste tout entier dans le détournement fait en fraude des créanciers des marchandises que les prévenus s'étaient procurées* ». Les ventes à vil prix avaient, en effet, lieu à l'étranger. Toutefois, la portée de l'arrêt est à nuancer : v. D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 298, p. 155-156, pour qui « *en application de l'article 113-2 du Code pénal, cette infraction partiellement commise en France relèverait incontestablement de la compétence française* » (nous soulignons).

⁴¹ C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 259, p. 312. – Cette obligation peut naître en vertu de la loi pénale : v., par ex., art. 223-6 C. pén., incriminant la non-assistance à personne en péril.

⁴² *Ibidem*, p. 312-313.

⁴³ Voir P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (9^{ème} éd.), n° 744, p. 556 et n° 749, p. 558.

exact où une obligation est réputée s'exécuter⁴⁴. Toutefois, le principe de légalité postule la précision des textes pénaux, ce qui implique, en ce domaine, de réprimer principalement la non-exécution d'obligations de moyens, dont la physionomie correspond plus aux incriminations traditionnelles : ne pas porter assistance à une personne en péril⁴⁵, par exemple, ou encore ne pas témoigner en faveur d'un innocent⁴⁶. La localisation de telles infractions s'avère, ainsi, certainement plus aisée. Mais il existe aussi, malgré tout, quelques obligations de résultat sanctionnées pénalement, par exemple celle de notifier un changement de domicile où résident habituellement des enfants, au titulaire d'un droit de visite ou d'hébergement à l'égard de ceux-ci⁴⁷. Le débiteur dispose alors de plusieurs moyens pour s'exécuter, chacun d'entre eux constituant potentiellement un « fait constitutif », en vertu de l'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal. La localisation de l'infraction devient alternative et n'est, à l'image de l'obligation sanctionnée, que ponctuellement déterminée. Cependant, même dans un tel cas de figure, la règle générale ne varie pas : la localisation s'opère au lieu où l'exécution de l'obligation était attendue. Cette règle vaut même pour les infractions de commission dont l'omission suffit, parfois, à constituer l'élément matériel, par exemple l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux⁴⁸. Localiser ce qui ne peut être perçu matériellement n'apparaît donc pas impossible.

2. La localisation de l'effet

446 LE FAIT CONSTITUTIF-EFFET. – Le fait constitutif de l'infraction peut, également, être le résultat matériel de l'atteinte, c'est-à-dire son pendant passif et subi. Cet effet participant de la matérialité de l'infraction, c'est alors de physique, plutôt que de droit, dont il s'agit : un tel fait est la trace immédiate laissée par l'atteinte sur l'objet, la « *modification du monde extérieur* »⁴⁹ qui résulte de cette rencontre. Ainsi, la plupart du temps, il est artificiel de dissocier le lieu du comportement illicite et celui de son résultat matériel. La soustraction qui

⁴⁴ V. Cass. crim., 29 mars 1962, *Bull. crim.*, n° 153 ; *Rev. sc. crim.*, 1962, p. 746-747, obs. A. LEGAL : l'abandon pécuniaire de famille, généralement localisé au domicile du créancier car la pension est portable, est, en l'espèce, localisé au domicile du débiteur. Pour A. LEGAL, l'omission peut donc être localisée au lieu où le débiteur se trouve, comme en l'espèce, ainsi qu'au lieu où il devait agir ; la théorie de l'indifférence s'appliquerait aussi à l'omission. Pour A. DECOCQ (*Rev. crit. DIP*, 1967, p. 743), plus pragmatique, le débiteur peut certainement s'acquitter d'une telle dette sans quitter son domicile.

⁴⁵ Art. 223-6 C. pén.

⁴⁶ Art. 434-11 C. pén.

⁴⁷ Art. 227-6 C. pén.

⁴⁸ V. *supra*, nos 98-102, pour l'abus de biens sociaux ; nos 221-224, pour l'abus de confiance.

⁴⁹ R. GARRAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* – Adde P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 317, p. 181.

constitue le vol, par exemple, provoque un déplacement de l'objet à partir de l'endroit où elle est commise ; la cause et l'effet sont donc géographiquement équipollents. Cependant, le résultat matériel d'une infraction ne se révèle pas toujours immédiatement. De même, celui-ci peut s'étendre au-delà du lieu de son fait générateur. Dans de tels cas, l'intérêt de la théorie de l'indifférence est manifeste, et la localisation diversifiée qui en résulte permet de reconnaître la compétence de l'ordre répressif français lorsque le seul dommage est situé en France.

447 La localisation par l'effet, dont la pertinence générale a par ailleurs été démontrée⁵⁰, est surtout la plus adaptée à certaines infractions⁵¹. En effet, le droit pénal français sanctionne des atteintes qui frappent à distance, ou dont le résultat a vocation à se diluer dans l'espace. Ainsi, qu'il s'agisse de sanctionner la pollution d'un cours d'eau français dont le fait générateur se situe en Belgique⁵², ou de réprimer la diffamation opérée au moyen d'un support accessible en France, mais dont l'auteur est à l'étranger⁵³, le résultat paraît représenter un critère sûr et utile de localisation du délit. En revanche, la confrontation du droit pénal international à l'Internet semble, si ce n'est sonner le glas, du moins affaiblir l'intérêt d'un tel critère de localisation. En universalisant la diffusion de propos diffamatoires, par exemple, le réseau localise-t-il pas l'infraction dans chaque pays où ces propos sont finalement consultés, c'est-à-dire potentiellement partout⁵⁴ ? Il en va de même en matière d'escroquerie, principalement, dont la commission alors facilitée par le réseau est de nature à multiplier et à internationaliser les victimes. Le résultat matériel n'apparaît plus, ainsi, comme un critère suffisamment discriminant.

448 En réalité, l'embarras, bien que réel, est alors plus limité qu'il ne paraît. Par exemple, la diffamation est « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération* » d'une personne ou d'un corps, l'incrimination précisant qu'il suffit – mais qu'il faut – que l'identification de ces derniers « *soit rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés* »⁵⁵. Le texte précise donc quel est l'objet de l'atteinte : une personne ou un corps dont l'identification est

⁵⁰ « Cette théorie présente divers avantages : juridiquement, elle met l'accent sur le trouble social effectif causé par le comportement délictueux ; en politique criminelle, elle favorise incontestablement la victime, notamment si elle souhaite demander réparation de son préjudice devant le tribunal répressif ; enfin, du point de vue probatoire, le juge du lieu de résultat infractionnel est mieux placé pour apprécier les conséquences préjudiciables de l'acte » : A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, n° 135, p. 226.

⁵¹ En ce sens, D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n°s 312 et s., p. 161 et s.

⁵² Cass. crim., 15 nov. 1977, préc.

⁵³ Cass. crim., 30 avr. 1908, *S.*, 1908, 1, p. 553, note J.-A. ROUX.

⁵⁴ V. par ex. J.-F. CHASSAING, « L'Internet et le droit pénal », *in D.*, 1996, chron. p. 329 et s.

⁵⁵ Art. 29 de la loi du 19 juill. 1881 « sur la liberté de la presse ».

possible. Par conséquent, le résultat matériel de l'atteinte reste tributaire de la concordance entre le lieu de la publication et celui où se trouve l'objet, ce dernier ayant seul subi l'infraction. L'ordre répressif français est alors compétent si la personne ou le corps concernés se situent en France. De même, et plus simplement encore, la constitution de toute escroquerie nécessite la remise, matérielle ou immatérielle, d'un bien, corporel ou incorporel, cet événement représentant le résultat localisateur de l'infraction. A l'inverse, certaines incriminations n'autorisent pas si facilement une telle délimitation.

449 UNE DIFFICULTE REVELEE PAR L'INTERNET : LA LOCALISATION DES INFRACTIONS FORMELLES. – Lorsque, comme c'est le cas de la plupart des appropriations frauduleuses, une infraction est apte à porter directement atteinte à toute personne, quelle qu'elle soit, le résultat matériel de celle-là a corrélativement vocation à épouser la situation géographique de celle-ci. Dès lors, si la commission d'une telle infraction peut s'effectuer par le biais de l'Internet, c'est-à-dire à distance et à partir d'un pays donné, tout ordre répressif apparaît finalement compétent, à condition que le réseau y ait répercuté l'atteinte. Ainsi, la diffusion d'images pédophiles à partir d'un Etat étranger peut attirer, outre la compétence de la loi française, celle des lois répressives de chaque pays dans lequel un utilisateur apercevra de telles images⁵⁶. De même, un piratage informatique unique étant susceptible de provoquer des prélèvements frauduleux sur différents comptes à la fois, éventuellement hébergés dans plusieurs pays, chaque escroquerie ainsi commise pourra être sanctionnée en vertu de lois diverses. La répression semble alors, au premier abord, d'une redoutable efficacité. Cependant, ce n'est nullement le cas au second abord. En effet, le jugement répressif rendu dans un Etat donné n'a pas d'autorité positive dans un autre Etat. De plus, il est également, la plupart du temps, dépourvu d'autorité négative⁵⁷. On peut alors certainement voir, dans le possible cumul de condamnations résultant d'une telle situation, la sanction de l'utilisateur qui, par le biais de l'Internet, s'est soumis consciemment à toutes les législations du monde⁵⁸. Mais il faut plutôt, plus raisonnablement, constater le probable dépassement du critère de localisation. Est-il, ainsi, nécessaire d'en trouver un autre⁵⁹ ?

⁵⁶ V., pour la loi française, art. 227-23 C. pén. Pour l'exemple et ses répercussions, v. A. HUET, « Le droit pénal international et Internet », *LPA*, 10 nov. 1999, n° 224, p. 39 et s.

⁵⁷ A. HUET, *op. cit.*, p. 40 : « *L'application de [...] non bis in idem est subordonnée à certaines conditions et particulièrement à la condition que l'infraction déjà jugée à l'étranger n'ait pas été commise sur le territoire français. Or [...], la plupart des infractions commises sur internet étant réputées commises sur le territoire français en vertu de la théorie de l'ubiquité, il en résulte que la règle non bis in idem ne pourra pas jouer* ».

⁵⁸ En ce sens, A. HUET, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁹ En ce sens, D. CHILSTEIN, *op. cit.*, n° 322, p. 166.

450 Facteur perturbateur, l'Internet joue plus justement le rôle, en ce domaine, d'un révélateur. Le critère du résultat n'est, en effet, nullement inadapté parce que l'infraction est commise par le biais d'un réseau : outre qu'il est de l'essence même des infractions de communication de connaître de lieux différents d'édition et de publication, rien n'empêche que la télédiffusion, par exemple, permette tout autant la répercussion d'une atteinte dans différents pays. La cause de l'inadaptation est donc moins contingente. Certaines infractions, comme le délit de diffusion de messages corrupteurs⁶⁰ ou la publicité mensongère⁶¹, ne génèrent pas invariablement de victime directe et, partant, peuvent ne pas provoquer de dommage direct. Leur commission ne suppose pas que l'intérêt protégé ait été effectivement atteint. Pour que la répression opère, « *il suffit qu'il ait été "susceptible" de l'être* »⁶². Ce sont, selon une première analyse, des infractions formelles, c'est-à-dire des délits qui n'engendrent aucun trouble tangible à l'ordre public⁶³. En étoffant l'analyse, la diffusion de messages corrupteurs se révèle même, plus précisément, une infraction de mise en péril, entretenant ainsi un lien encore plus distendu avec la production du résultat redouté. De telles infractions ressortissent, au même titre que la tentative, à une conception subjective de la criminalité : l'intention, bien que matérialisée par un comportement, y prime sur le résultat, dont la réalisation s'avère, finalement, indifférente. Par conséquent, c'est, au-delà même de l'Internet, leur indifférence au résultat qui paralyse logiquement la localisation de ces infractions précisément par ce moyen. Bien que l'on puisse sans doute se contenter de ce constat, les infractions contre la propriété produisant généralement un préjudice chez leurs victimes, cette inadaptation du critère territorial doit, cependant, être approfondie, une telle étude étant de nature à permettre une meilleure compréhension du mécanisme de rattachement qui s'applique à elles comme à toute autre.

451 LA SOLUTION : UN AFFINEMENT DES THEORIES DU RESULTAT ET DE LA TERRITORIALITE EN DROIT PENAL INTERNATIONAL. – Le « fait constitutif » de l'infraction, tel qu'il est entendu passivement dans l'article 113-2, alinéa 2nd, du Code pénal, n'est tout simplement pas son résultat matériel. En effet, toute infraction, fût-elle formelle, supposant un comportement au

⁶⁰ Art. 227-24, al. 1^{er}, C. pén.

⁶¹ Art. L. 121-1 C. consom. : il s'agit désormais, depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », d'une « pratique commerciale trompeuse ».

⁶² P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n° 384, p. 224. L'auteur vise alors, concernant le délit de diffusion de messages corrupteurs, le message. L'assimilation n'est pourtant pas artificielle, puisque c'est justement lorsque le mineur perçoit effectivement le message, que l'intérêt est frappé.

⁶³ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 322, p. 184. – Il existe cependant un trouble, puisqu'un impératif pénal a tout de même été méconnu : v. *infra*, n^{os} 701-704.

moins potentiellement causal, il existe invariablement un résultat matériel, un effet⁶⁴. Or, parmi ces résultats, certains seulement permettent la localisation de l'infraction. Quel est alors le facteur discriminant ?

452 L'élément matériel d'une infraction est constitué d'une atteinte et de son objet. Ce dernier se pose comme la représentation de l'intérêt protégé, sa lésion provoquant donc, corrélativement, celle de l'intérêt⁶⁵. Les infractions matérielles et formelles ont ainsi un objet précis, celui-ci devant être simplement atteint si l'infraction est formelle, et lésé si l'infraction est matérielle. En revanche, les délits obstacles peuvent ne prendre la forme que d'un simple comportement, leur objet se coulant dans les notions encore hasardeuses de risque ou de péril. Toutefois, même pour ces dernières infractions, toute résurgence de l'objet n'est pas impossible : la mise en péril d'un mineur, par exemple, ne peut s'opérer à travers la diffusion d'un message corrupteur si le mineur n'était pas, en principe, susceptible d'accéder à ce dernier⁶⁶. Afin de systématiser ces infractions, et d'en déterminer le type, ce n'est donc pas l'existence de l'objet qui importe, mais son utilisation. Or, cette utilisation permet, également, de comprendre le rapport précis de ces infractions au résultat.

453 Pour les infractions formelles et les délits obstacles, l'objet est avant tout un référentiel matériel de détermination : pour envisager une atteinte, il faut nécessairement partir d'un objet⁶⁷. En revanche, pour les infractions matérielles, l'objet survit invariablement à l'opération de détermination et devient finalement, au sein de la définition, une véritable donnée constitutive⁶⁸. Par conséquent, bien qu'une infraction formelle ait, également, techniquement besoin d'un support passif pour se réaliser, celui-ci est, d'un point de vue constitutif, indifférent. Parfois difficile à déceler, par exemple en matière d'empoisonnement, cette différence essentielle apparaît plus clairement au regard des délits obstacles qui, de façon plus radicale, ne nécessitent aucun objet réel pour se perpétrer. Ainsi, la publicité mensongère et, plus évidemment encore, l'abandon d'une arme dans un lieu public⁶⁹, ont en

⁶⁴ En ce sens, C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 262, p. 352.

⁶⁵ V. *supra*, n°s 15 et s.

⁶⁶ V., par ex., Cass. crim., 29 mai 1995, inédit titré, pourvoi n° 93-85654 : relaxe, car « les vidéogrammes pornographiques dont C. faisait commerce [...] étaient vendus par correspondance, dans des conditions permettant d'en limiter la diffusion aux seuls adultes » ; Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.*, n° 28 : relaxe, car l'envoi par courrier électronique d'un lien permettant d'accéder à un site contenant des messages corrupteurs à un mineur, laisse ce dernier libre de ne pas le consulter.

⁶⁷ Le référentiel juridique est, comme pour toutes les incriminations, le résultat à éviter, « redouté », et, plus médiatement, l'intérêt à protéger : v. *supra*, n°s 165-166.

⁶⁸ V. *supra*, n° 166. – Comp. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 207, p. 225 : l'auteur centre ses développements sur le résultat « redouté », mais la conclusion est la même.

⁶⁹ Art. R. 641-1 C. pén.

commun de sanctionner un comportement indépendamment d'un objet précis sur lequel pourrait s'exercer l'atteinte. Il ne reste alors qu'à en tirer les conséquences quant au résultat.

454 Le résultat constitutif est celui qui s'obtient par la rencontre constituante de l'atteinte et de l'objet. La plupart du temps, il est donc équipollent au résultat matériel, qui accuse physiquement les conséquences de la rencontre à travers l'objet. En revanche, il ne peut exister pour les délits obstacles, dont la localisation territoriale n'est alors possible qu'au moyen du comportement. Enfin, le résultat matériel d'une infraction formelle ne peut être pris en compte comme fait constitutif de l'infraction. En effet, l'objet de l'atteinte n'étant qu'une donnée technique et interchangeable permettant la commission de l'infraction, il ne participe pas à la constitution de cette dernière. Conséquemment, sa rencontre avec l'atteinte ne représente pas un fait constitutif de l'infraction.

455 En conclusion, ce n'est donc pas l'absence de matérialité d'un fait, qui paralyse, parfois, la localisation territoriale d'une infraction, mais son absence d'effectivité juridique. Seule cette dernière circonstance justifie alors que la règle de principe soit écartée. Parfaitement adapté à l'impalpable et à l'Internet, le principe de territorialité paraît pouvoir s'appliquer à l'immatériel, ce qu'il convient désormais de vérifier.

B. L'objet prospectif de la localisation : le fait constitutif immatériel

456 LES DIFFICULTES DE LOCALISATION PROPRES A L'IMMATERIEL. – Il est aisé de concevoir que se pose, au moins potentiellement, un problème de localisation d'une infraction foncièrement immatérielle. Le détournement d'un numéro de carte de crédit, par exemple, peut acquérir une dimension internationale en raison d'une différence de nationalité entre auteur et victime, c'est-à-dire, préalablement, entre deux cocontractants⁷⁰. Or, la manipulation informatique qui caractérise un tel comportement reste alors la cause essentiellement intellectuelle, d'un effet purement immatériel. S'il s'avère que l'auteur et la victime résident sur un territoire différent, comment parvenir à situer l'infraction ? Dans un tel cas de figure, la tentation est certainement forte d'opter pour la nationalité de l'un quelconque des protagonistes, cause première de l'internationalité du litige. Mais c'est verser dans le personnalisme, où doit pourtant continuer à régner, en première analyse, la territorialité.

⁷⁰ Comp. Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338.

457 LA DETERMINATION PUIS LA LOCALISATION. – Il faut donc, en premier lieu, déterminer avec précision ce qu'il est alors légal de localiser, c'est-à-dire donner un contenu au concept de « fait constitutif immatériel » (1). Cependant, en raison de la concevable absence d'effectivité d'une telle construction, il est nécessaire, en second lieu, d'envisager les palliatifs qui permettront une localisation de l'objet malgré son immatérialité (2).

1. La détermination de l'objet à localiser : un fait intrinsèquement immatériel

458 PROBLEMATIQUE. – Il s'agit, en l'occurrence, d'envisager que la cause ou l'effet de l'infraction à localiser soient immatériels ou, à tout le moins, qu'ils composent plus ordinairement avec l'immatériel qu'avec le matériel. Peuvent-ils, ainsi, représenter les faits constitutifs d'une infraction ?

459 L'INEXISTENCE D'UNE CAUSE ABSOLUMENT IMMATERIELLE : LA NECESSITE DE LA TECHNOLOGIE POUR SAISIR L'IMMATERIEL. – L'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel prend, la plupart du temps, la forme de son utilisation contre le gré du véritable propriétaire. Bien que la physionomie du comportement incriminé soit alors variable et adaptée à la particularité de son objet, il semble que sa localisation puisse simplement, et classiquement, se résumer à celle d'une action, voire d'une inaction. Il n'y aurait, en l'occurrence, pas sujet à difficulté propre, si ce comportement ne pouvait, parfois, constituer une simple appréhension directe de la chose par l'esprit, sans aucun doute impossible à localiser. En réalité, il paraît nécessaire, dès l'abord, de relativiser ce constat, l'esprit ne suffisant jamais à appréhender frauduleusement le bien d'autrui, ce dernier fût-il incorporel.

460 En effet, pour saisir un bien incorporel, il faut généralement passer par l'intermédiaire d'une technique et de son instrument, c'est-à-dire que l'agissant doit mobiliser un ou plusieurs supports de représentation adaptés⁷¹. Ainsi, la soustraction d'une information ne peut s'opérer que par le biais d'un appareil photo, d'une photocopieuse ou d'un ordinateur, voire encore, plus prosaïquement, d'un stylo et d'une feuille. De même, le détournement d'une connexion Internet nécessite inévitablement un ordinateur. Ces évidences, vérifiables à la lecture des différents arrêts rendus par le juge pénal en la matière, attestent notamment l'assimilation légale, accomplie en 1992, de la soustraction indirecte d'énergie à la soustraction manuelle classique⁷². Plus largement, elles démontrent surtout qu'une telle conception participe,

⁷¹ Comp. *supra*, n^{os} 380 et s.

⁷² Art. 311-2 C. pén. : v. *supra*, n^o 247.

principalement, de l'évolution logique de la notion de soustraction : d'un côté, la soustraction au moyen d'une technique est, à la fois, moins équivoque et plus apparente qu'une soustraction purement intellectuelle ; de l'autre, elle ne jure pas avec le rôle joué par les avancées technologiques en matière d'appropriation de l'immatériel⁷³. Par exemple, la scripturalisation des valeurs mobilières suppose la préexistence d'un réseau numérique permettant leur circulation par de simples opérations d'écriture. Par conséquent, si en rendant les valeurs absolument immatérielles, cette technique les protège d'une mainmise au sens propre, elle les expose par là même, de façon alors inédite, à une soustraction ou à un détournement par le moyen de l'informatique.

461 Ces techniques modernes permettent souvent de prendre puis de stocker instantanément la chose immatérielle. Une telle corrélation ne représente cependant pas, une fois de plus, un détournement de la notion classique de soustraction, cette dernière conduisant souvent à la confusion, en raison justement de son instantanéité, entre la prise de la chose et sa garde. Un pickpocket va, par exemple, au cours d'une même action, immédiatement déposer le portefeuille dérobé dans sa propre poche. De plus, cette corrélation est imposée par le bon sens, à moins que l'on décide qu'il apparaît finalement satisfaisant de sanctionner le simple fait de mettre les doigts dans la prise électrique d'autrui. Toutefois, cette proximité temporelle entre prise et garde de la chose ne doit pas conduire à l'oubli de la théorie de l'infraction : seule la prise constitue le vol et, seule, elle doit être localisée comme « fait constitutif » de l'infraction. Or, malgré l'intervention, dans de tels cas de figure, d'un instrument extérieur qui semble faciliter la localisation en matérialisant l'atteinte, tel n'est pas toujours le cas s'il s'agit d'informatique.

462 L'EXISTENCE D'UN MOYEN PROPRE A L'IMMATERIEL : L'INFORMATIQUE. – Parmi les techniques utilisées pour saisir l'immatériel, une au moins lui est propre. En effet, l'informatique, qui permet la maîtrise et le détournement de flux sans consistance physique, s'avère, en revanche, inapte à porter atteinte directement à une chose matérielle. Sa parfaite adaptation aux choses incorporelles révèle une communauté de nature qui laisse supposer des

⁷³ Pour certains auteurs, c'est même un parallélisme entre l'économie politique et le droit pénal qui postule une telle évolution. Voir D. CIOLINO-BERG, « Vol d'informations sur l'Internet », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. n° 28, p. 22 : « A chaque évolution de la société correspond une notion précise de vol. La société industrielle luttait contre le vol d'objets corporels. Le développement de la société de service avait ensuite entraîné l'apparition de vols de services, réprimés sous la qualification de filouterie. La société de l'information pourrait à son tour engendrer le développement du vol d'information ». En réalité, il manque une étape : c'est avant tout parce que chacune de ces évolutions génère de nouvelles formes de propriétés puis valorise chacune d'entre elles, que le droit pénal évolue à son tour pour les protéger. V., en ce sens, T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 19, p. 285.

difficultés pour localiser ce qui est réalisé au moyen d'un ordinateur. Pour autant, tel n'est pas toujours le cas. L'utilisation de l'instrument informatique dans sa fonction basique d'enregistrement, certainement la plus large en raison de son accessibilité à tout néophyte, facilite au contraire la localisation de l'atteinte. Le lieu de la soustraction ou du détournement est alors, bien logiquement, celui-là même où se situe – et subsiste généralement – le support qui en fut le moyen. Ce n'est donc que lorsque l'infraction appelle de véritables compétences en informatique, en vertu desquelles un utilisateur saura dissimuler ou effacer ses traces, qu'est susceptible de disparaître son fait générateur.

463 L'informatique en réseau est un second niveau dont l'accès, bien que désormais quasiment généralisé, offre encore des fonctionnalités à géométrie variable, dépendantes des compétences respectives de chacun des utilisateurs. En conséquence, le réseau représente, en premier lieu, le terrain privilégié d'abus possibles de la part de celui qui sait, au préjudice de celui qui ose, cette configuration expliquant d'ailleurs, en partie, la méconnaissance du chiffre réel de la délinquance informatique⁷⁴. En second lieu, les manœuvres qu'un utilisateur confirmé va alors devoir entreprendre, afin d'obtenir frauduleusement d'un autre utilisateur la remise de fonds ou d'un autre bien, répondent parfaitement à une figure infractionnelle notoire : l'escroquerie. Ainsi, c'est finalement l'un quelconque des faits constitutifs d'une infraction complexe qui va devoir être localisé, cette diversité semblant faciliter la reconnaissance de la compétence de l'ordre répressif français. Cependant, outre que de telles escroqueries empruntent des formes constamment inédites⁷⁵, leur constitution peut être le produit d'opérations sans support véritablement sédentaire. En effet, l'utilisation d'un ordinateur en accès public, fût-elle commercialisée, celle de connexions « Wi-Fi » ou « Wi-Max »⁷⁶, ou encore celle d'un « proxy anonymiser »⁷⁷, rendent respectivement toute localisation difficile, incertaine ou impossible. De plus, le service d'itinérance, désormais assuré par

⁷⁴ V. par ex. J. DEVEZE, in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, coll. Thémis, PUF, 2001, n° 946, p. 664 : « Parmi les causes de ce chiffre noir figure notamment le silence des victimes [...] qui ne veulent donner aucune publicité aux escroqueries dont elles sont victimes [...] ». S'ajoute à cela, d'un autre point de vue, le silence sur le chiffre connu, dans « le double but [...] d'éviter le prosélytisme et de ne pas pénaliser le marché » : M. MASSE, « Le droit pénal spécial né de l'informatique », in *Informatique et droit pénal*, Travaux de l'ISC de Poitiers, v. IV, Cujas, 1983, n° 2, p. 22.

⁷⁵ « Escroquerie à la Nigériane », « loterie espagnole », « phishing », « pharming » et autres piratages : v. par ex. C. DUMONDEL, *Rapport de stage à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication*, Toulouse I, 2007, spéc. p. 11 et s.

⁷⁶ De telles techniques de réseau permettent de se connecter à internet à quelques centaines de mètres (Wi-Fi) ou à plusieurs dizaines de kilomètres (Wi-Max) du point d'accès. L'évolution technologique tend même à faire du Wi-Fi, famille de normes de plus en plus généralisée, un concurrent du Wi-Max en distance, puisqu'il est désormais possible qu'un routeur ou une antenne émettent à 100 kilomètres.

⁷⁷ Le « proxy » agit comme un serveur en attribuant une adresse IP à la connexion de l'utilisateur. Mais cette adresse n'est pas celle du serveur. Pratiquement, il est donc impossible de remonter jusqu'à l'utilisateur.

certaines fournisseurs d'accès, permet aux clients de ces derniers de se connecter n'importe où dans le monde, via l'un des fournisseurs d'accès locaux ; la localisation du fait générateur d'une éventuelle infraction commise par ce biais est alors alternative. En considération de la croissance de ces situations et de leur utilisation inéluctable par les escrocs, le principe de territorialité semble pris à défaut. Le rattachement le plus sûr reste, en raison de sa nécessaire attache à un immeuble, le point d'accès utilisé pour se connecter, c'est-à-dire la prise téléphonique à laquelle sont reliés la carte réseau, le modem ou l'antenne. Mais c'est avant tout, en principe, une action qu'il convient de situer. Or, celle-ci ne se déroule matériellement qu'au lieu de situation du support utilisé, qui n'est pas forcément le même que celui où se trouve la prise. Dès lors, l'effet constitue peut-être un critère plus fiable de localisation de l'infraction.

464 L'EFFET IMMATERIEL : L'IMPORTANCE DE L'INFORMATIQUE. – Certaines infractions n'ont pas d'effet véritablement matériel⁷⁸. Par exemple, la soustraction d'un bien incorporel ne provoque pas son déplacement, un tel bien restant à la disposition de son propriétaire durant, puis après l'atteinte. De même, une escroquerie peut se consommer en un paiement par voie scripturale et une diffamation n'être diffusée que par Internet, les effets de ces actes délictueux n'étant alors pas directement matérialisés. La localisation de telles infractions apparaît ainsi, si l'on ne cherche à la fonder que sur l'effet, plus difficile que pour les infractions dont l'objet est matériel. Cependant, bien qu'immatériel, l'effet n'est absolument pas virtuel⁷⁹.

465 L'effet d'une infraction est la rencontre de l'atteinte avec l'objet de cette dernière. Lorsque l'objet est corporel, la rencontre est, si ce n'est évidente, du moins ostensible, pouvant être directement saisie, selon la contingence, par le regard de quiconque. A l'inverse, l'atteinte à un bien incorporel n'apparaît pas immédiatement, celui-ci restant continuellement à la disposition de son propriétaire. Ce n'est, en général, que rétrospectivement que la victime se rend compte de l'effet et, à travers lui, de la cause infractionnelle. Toutefois, bien qu'apparente, la différence n'est, en réalité, pas si patente. En effet, en premier lieu, il arrive que l'atteinte à un objet matériel n'apparaisse que postérieurement. Par exemple, la victime d'un pickpocket professionnel ne va se rendre compte du méfait que plus tard, en fouillant

⁷⁸ *Contra*, C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 262, p. 352 : « Dès lors qu'on ne s'arrête pas au résultat du délit, mais à celui de l'élément constitutif, il n'y a pas une seule infraction, si étherée que soit sa malfaisance, qui n'ait une manifestation, matérialisée, de son élément constitutif ».

⁷⁹ Sur la différence entre immatériel et virtuel, v. *supra*, n°s 36-37.

dans une poche désormais vide ; quand et où s'est alors déroulée la soustraction ? En second lieu, l'atteinte à un objet immatériel peut se dévoiler de façon contemporaine, à travers l'instrument utilisé par l'auteur pour l'accomplir. Plus encore, à condition que cet instrument soit de nature informatique, comme c'est bien souvent le cas, l'effet est non seulement susceptible d'être décelé immédiatement, mais surtout il va laisser une trace difficile à effacer au sein de la mémoire de l'ordinateur utilisé. Les condensateurs, bascules, relais et autres techniques utilisées par l'informatique, permettent effectivement de conserver un signal électrique pendant un certain temps, puis, postérieurement, d'effectuer un adressage mémoire afin d'accéder aux informations contenues dans cette dernière. De plus, ces mémoires sont généralement rémanentes, c'est-à-dire que l'extinction temporaire du système n'en détruit pas le contenu. Ainsi, un simple recoupement d'informations permet aisément de savoir où se trouvait le support utilisé au moment de l'atteinte, de même qu'il agrée du moment exact auquel a été ressenti l'effet. Et, si le lieu de l'effet et celui de la cause ne correspondent finalement pas, l'outil informatique offre encore ses potentialités.

466 La seule difficulté réside alors dans le choix de la partie du territoire qui correspond véritablement à un effet potentiellement multipolaire. Par exemple, le détournement d'un numéro de carte de crédit prend la forme de son utilisation, c'est-à-dire celle d'une demande de virement ou de prélèvement bancaires⁸⁰. L'effet de l'atteinte est ainsi l'opération bancaire, celle-ci provoquant concomitamment le débit d'un compte et le crédit d'un autre. Dès lors, s'il apparaît logique que l'infraction soit, finalement, localisée au moyen de l'un de ces comptes, est-il pertinent de retenir l'un quelconque de ces derniers comme élément localisateur ? Assurément, c'est alors le seul compte débité qui subit l'atteinte ; c'est donc l'établissement teneur de ce compte qui localise l'effet de l'infraction. En somme, il ne s'agit là que la confirmation du fait que l'effet proprement localisateur de l'infraction n'est pas d'ordre matériel, mais d'ordre juridique. Cela explique qu'il puisse indifféremment, en définitive, être matériel ou immatériel.

467 CONCLUSION : FAITS CONSTITUTIFS MATERIALISES ET FAITS CONSTITUTIFS JURIDIQUES. –

De ce qui précède, il ressort qu'il existe des faits constitutifs immatériels pour certaines infractions, soit qu'ils constituent leur cause, soit qu'ils constituent leur effet. Allant généralement de pair avec l'informatique, leur appréhension juridique est soit complexifiée, soit facilitée par cette dernière. Plus précisément, alors que la matérialisation de la cause

⁸⁰ V. Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

infractionnelle par l'informatique ne s'avère pas toujours suffisante ou fiable, sa matérialisation de l'effet infractionnel peut, en revanche, permettre de reconnaître la seule véritable conséquence juridique des agissements délictueux. Ainsi, bien qu'il ne s'agisse toujours que de localiser les faits qui participent à la constitution de l'infraction, leur matérialisation, par le biais principalement de l'informatique, se pose comme une étape nécessaire, d'autant plus efficace lorsque, à la base, le fait concerné est de nature juridique. Cette intervention inéluctable d'un support adapté lors de la localisation des faits constitutifs immatériels oblige, désormais, à préciser la fonction exacte jouée par chacun en matière d'application de la loi pénale dans l'espace.

2. La localisation de l'objet déterminé : un fait perçu extrinsèquement

468 LES RESURGENCES DE MATERIALITE, MOYENS DE LOCALISATION D'UN FAIT CONSTITUTIF IMMATERIEL. – Qu'il s'agisse de l'instrument utilisé pour commettre l'infraction, de l'établissement bancaire teneur du compte qui a subi l'atteinte, ou encore du bien corporel qui représente ou incorpore le bien incorporel frauduleusement approprié⁸¹, un repère matériel existe et permet ainsi de localiser l'infraction commise sur un objet immatériel. La manipulation des biens incorporels nécessite, en effet, des instruments appropriés, la plupart du temps matériels, et les traces qu'elle laisse, – généralement des informations –, résistent au temps et peuvent être appréhendées à condition de disposer des outils adéquats. Parallèlement à l'évolution de la criminalité informatique, sans doute encore trop lentement, de tels outils se développent, et leur utilisation est encouragée politiquement⁸². Dès lors, bien que l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel soit, en raison des effets étherés de l'atteinte, plus difficile à déceler de façon contemporaine à l'infraction, elle est à l'inverse, en raison des moyens qu'elle implique de mettre en oeuvre, parfois plus facile à retracer *a posteriori*.

⁸¹ V. *supra*, n^{os} 371 et s.

⁸² Par exemple, le plan Alliot-Marie de « lutte contre la cybercriminalité » prévoit notamment la généralisation, à l'ensemble des acteurs de l'Internet, de l'obligation de conserver à la disposition des autorités judiciaires les données de connexion durant un an. Il envisage également « d'autoriser sous contrôle du juge la captation à distance de données numériques se trouvant dans un ordinateur ou transitant par lui » : v. intervention du 14 févr. 2008, disponible sur le site du Ministère de l'Intérieur (www.interieur.gouv.fr). Dans cette optique, un arrêté du 16 juin 2009 (JO, 20 juin 2009, p. 10068) a porté création du système PHAROS (Plateforme d'Harmonisation, d'Analyse, de Recoupement et d'Orientation des Signalements), composé d'un site Internet permettant notamment aux internautes et fournisseurs d'accès de signaler, sans préjudice du respect dû aux correspondances privées, à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication des sites ou des contenus contraires aux lois et règlements diffusés sur Internet ; d'un traitement automatisé de données à caractère personnel mis en oeuvre par ce dernier, destiné à traiter les signalements transmis, à recueillir et centraliser l'ensemble de ces signalements, à effectuer des rapprochements entre eux et à les orienter vers les services enquêteurs compétents en vue de leur exploitation.

469 Pour autant, il ne faut pas confondre ce qui sert à localiser et ce qui est alors, par ce biais, localisé : seul ce qui constitue l'infraction, cause ou effet, participe à la situer géographiquement. Ainsi, à l'instar du support que nécessite la représentation d'un bien incorporel, celui – parfois le même – qui va être utilisé pour repérer l'atteinte, lorsqu'elle a été portée ou après qu'elle ait été subie, ne s'identifie pas inéluctablement à cette dernière. Par exemple, si une personne utilise un ordinateur pour commettre une escroquerie, seule sa manipulation informatique est susceptible de représenter une manœuvre frauduleuse capable de situer l'infraction. La localisation du support au moment de l'action délictueuse n'est alors qu'un moyen, parmi d'autres, de connaître le lieu du comportement réprimé. De même, si la manœuvre aboutit finalement à la remise d'un ou de plusieurs biens, c'est uniquement l'endroit dans lequel va se dérouler le dessaisissement qui va correspondre à celui où l'infraction est subie. Or, si la remise prend la forme d'un virement, ce qui est parfaitement concevable⁸³, c'est le lieu où se trouve le compte de la victime qui localise l'infraction, c'est-à-dire pas celui à partir duquel l'auteur a agi, et pas nécessairement celui à partir duquel la victime a autorisé l'opération. Par conséquent, malgré l'usage de l'informatique ou de tout autre support adapté, la cause de l'infraction paraît conserver sa nature intellectuelle, et l'effet sa nature juridique. Ces faits infractionnels semblent donc bien être, intrinsèquement, immatériels.

470 UNE FONCTION DIFFÉRENTE DU SUPPORT, SELON QU'IL S'AGIT DE LA CAUSE OU DE L'EFFET DE L'INFRACTION. – Cela ne signifie cependant pas que le support doive se limiter, inexorablement, à une fonction juridiquement très diffuse : lorsqu'il constitue l'instrument de l'auteur du comportement incriminé, comme c'est certainement le cas dans l'exemple qui précède, la cause infractionnelle est alors matérialisée extrinsèquement, par son entremise. Il représente donc, en quelque sorte, l'accessoire indispensable d'une atteinte pénale dont l'apparition s'avère nécessaire à de nombreux titres. En revanche, tel n'est pas son rôle en ce qui concerne l'effet de l'infraction, que la juridicité préserve efficacement de tout besoin matériel. Cela explique que la matérialisation par le support puisse être déterminante au stade du comportement, soit qu'elle permette sa localisation, soit qu'elle l'empêche, et qu'elle ne puisse constituer, en contraste, qu'un complément utile au stade du résultat, – ni plus ni moins –, puisqu'elle ne fait alors que s'ajouter à un effet juridique qu'elle révèle, mais au

⁸³ V. par ex. Cass. crim., 25 janv. 1967, *Bull. crim.*, n° 39 : « le paiement effectué par voie scripturale vaut remise d'espèces ».

sein duquel elle n'adhère pas. Il reste simplement à signaler que cette analyse apparaît, au final, conforme avec la nature de fait juridique de toute infraction.

471 Afin de mettre en œuvre la répression, le droit pénal fait produire à un fait, le comportement prohibé, un effet de droit, le trouble ou le préjudice, au sens pénal des termes⁸⁴. Or, comme il vient d'être rappelé, la cause localisatrice de l'infraction est factuelle, et son effet localisateur est juridique. Du point de vue de l'application de la loi pénale dans l'espace, en effet, la cause juridique de l'infraction, c'est-à-dire l'incrimination, et son effet factuel, c'est-à-dire la modification du monde extérieur, sont indifférents, l'une n'étant pas de nature à situer quoi que ce soit, l'autre s'étant avéré un critère insuffisant⁸⁵. L'utilisation du support étant de l'ordre du fait, il paraît logique qu'il puisse participer de la cause localisatrice, sans pour autant s'inscrire dans l'effet localisateur, qu'il contribue simplement à créer et, partant, à déceler. Ce schéma, cohérent si le support a été l'instrument du comportement incriminé, doit bien sûr être relativisé s'il a, en réalité, rempli d'autres fonctions.

472 LA RESISTANCE DE L'IMMATERIEL : L'OBJET DE L'ATTEINTE. – En matière d'infractions contre la propriété, une seule question demeure alors : le bien, qu'il soit corporel ou incorporel, se situe la plupart du temps au lieu de l'atteinte et, nécessairement, au lieu de l'effet. Il faut donc envisager que, malgré son immatérialité, il puisse également participer à la constitution de l'infraction et, en conséquence, à sa localisation.

§ 2. La localisation d'une infraction par son objet immatériel

473 LE BIEN COMME PRODUCTEUR DE FAITS CONSTITUTIFS LOCALISATEURS. – Une chose, même considérée comme un objet de propriété, n'est pas un fait ; elle ne constitue ni un comportement, ni son effet. Toutefois, en cas d'infraction, la chose subit le comportement et elle assimile l'effet. Sa prise en compte en tant qu'élément localisateur de l'infraction apparaît ainsi, malgré tout, comme des plus pertinentes : au moment de l'atteinte, l'infraction est attachée au bien.

474 Un bien n'est pas une « condition préalable » de l'infraction, puisqu'il en représente plutôt l'objet et que celle-ci, si tant est qu'elle existe, autorise l'infraction, alors que celui-là

⁸⁴ V. *infra*, n^{os} 686 et s.

⁸⁵ V. *supra*, n^{os} 446 et s.

participe de sa constitution⁸⁶. Ainsi, même s'il apparaissait qu'une condition préalable ne puisse localiser une infraction en raison de sa neutralité⁸⁷, rien ne s'opposerait, en comparaison, à ce qu'un bien puisse le faire. Au contraire, une telle solution permet même d'expliquer certaines décisions qui retiennent ce que l'on qualifie classiquement de condition préalable, comme élément localisateur de l'infraction commise postérieurement. Par exemple, la remise d'un bien en France, alors même que le détournement a lieu à l'étranger, suffit généralement à la Cour de cassation pour fonder la compétence de l'ordre répressif français⁸⁸. De même, le détournement, commis à l'étranger, de la destination privilégiée de marchandises exonérées de taxes en raison de cette destination, n'est pas exclusif de la compétence de la loi et du juge français, si l'avitaillement du navire a eu lieu dans un port français⁸⁹. A l'inverse, il ne suffit pas que le contrat ait été conclu en France pour que l'abus de confiance y soit réputé commis⁹⁰. Dès lors, il semble que ce ne soit que lorsque l'acte ou le fait préalables à l'infraction entretiennent un rapport matériel avec l'objet, qu'ils peuvent contribuer à la localisation de l'opération délictuelle. En effet, ce qui est commun à la remise et au détournement, éléments localisateurs de l'abus de confiance, est avant tout leur objet, c'est-à-dire le bien⁹¹. Ce qui fait d'un acte antérieur à la commission un fait constitutif de l'infraction et, corrélativement, ce qui n'en fait plus une condition préalable, est donc un certain rapport entretenu avec le bien, matériel et immédiat.

475 En considération de la genèse des infractions, le constat n'est, dans un premier temps, pas illogique. Comme le bien conduit à incriminer certains actes susceptibles de lui porter atteinte, il rend nécessaire la présence, au sein de l'incrimination, de faits créant une situation permettant que de tels actes soient commis⁹². Une fois mis en œuvre, ces faits participent alors à la matérialité globale de l'infraction⁹³. Plus encore, ils participent aussi à son

⁸⁶ V. *supra*, n^{os} 24-28.

⁸⁷ En ce sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, coll. U, A. Colin, 1971, p. 88-89 ; C. LOMBOIS, *op. cit.*, n^o 255, p. 310 et p. 348. La neutralité a pour référence, en l'occurrence, la commission postérieure de l'infraction, pas l'éventuelle teneur pénale contemporaine de la condition.

⁸⁸ V., par ex, Cass. crim., 12 févr. 1979, *Bull. crim.*, n^o 60 ; Cass. crim., 13 oct. 1981, *Bull. crim.*, n^o 271.

⁸⁹ Cass. crim., 26 mars 1968, *Bull. crim.*, n^o 103 : relevé par C. LOMBOIS, *ibidem*, p. 348-350.

⁹⁰ V. Cass. crim., 22 avr. 1966, *Bull. crim.*, n^o 121 ; Cass. crim., 25 mai 1967, *Bull. crim.*, n^o 164 ; Cass. crim., 30 mai 1972, préc. Comp. Cass. crim., 5 déc. 1862, *Bull. crim.*, n^o 267 (compétence interne). – En revanche, il y a compétence française si le contrat a reçu un commencement d'exécution en France : Cass. crim., 10 mai 2007, inédit, pourvoi n^o 06-88783.

⁹¹ V. *supra*, n^{os} 217-218.

⁹² V. *supra*, n^{os} 26-27.

⁹³ Dans un sens proche, v. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Décision de justice civile et répression pénale*, thèse, Paris II, 1975, p. 394 : si une condition préalable est toujours une « condition de l'existence juridique de l'infraction, elle peut, aussi et cumulativement, être condition de l'existence matérielle de l'infraction, c'est-à-dire condition de la réalisation matérielle des éléments qui constituent l'infraction ». L'auteur prend alors pour

intellectualité globale, puisque l'auteur d'un détournement doit, par exemple, avoir accepté la remise pour qu'il puisse finalement y avoir abus de confiance ; bien que simple destinataire, il n'en est donc pas moins adhérent volontaire à l'acte de remise. Toutefois, dans un second temps, le constat ne peut pleinement satisfaire. La contamination d'un tel acte est, en effet, nécessairement postérieure et rétrospective. Au moment de sa commission, l'intention frauduleuse de l'auteur est, au mieux, déjà présente, mais encore nécessairement indifférente. Ce n'est qu'au regard de l'infraction subséquente qu'il apparaît que la remise a finalement concouru à sa commission. De plus, la remise est un élément matériellement inconstant, un abus de confiance pouvant être constitué indépendamment d'elle⁹⁴. En conséquence, en faire un fait constitutif en soi paraît contestable.

476 Telle semble pourtant être la volonté du législateur de 1992 qui, en se référant au « fait » plutôt qu'à l'« élément », a choisi de ne pas limiter la localisation aux seuls actes nécessaires à la commission de l'infraction. Le renvoi au « fait » démontre, en effet, le primat en quelque sorte racinien de la réalité face à la fiction, et du concret face à l'abstrait. Le « fait constitutif » désigne tout ce qui a été fait pour que soit constituée l'infraction, pas seulement ce qui aurait dû être fait, et l'a donc forcément été si l'infraction est constituée. Il s'étend, ainsi, au-delà de la constitution des éléments de l'infraction et, par là même, permet à la localisation de l'infraction de s'ouvrir à l'inédit et à l'imprévisible, cette absence d'une limite rigoureuse par le texte ayant été, notoirement, le souhait du législateur⁹⁵. Toutefois, si l'explication ne réside que dans cette rapide exégèse, pourquoi refuser que la conclusion d'un contrat, par exemple, localise l'abus de confiance postérieur ? Le rapport matériel entretenu entre le fait et le bien semble finalement jouer un rôle véritable dans la localisation de l'infraction : le bien démontre, par sa présence, que le fait était réellement constitutif. Bien que non publié, un arrêt récent reconnaissant la compétence française parce que le contrat « *a reçu un début*

exemple la remise préalable à l'abus de confiance : « *La remise de la chose est une condition à défaut de laquelle la réalisation ou commission de l'acte par lequel se commet l'infraction n'est matériellement pas possible* » (p. 284). Enfin, seule la condition préalable à la réalisation de l'infraction est, parce qu'elle entre dans la « *dynamique de l'infraction* », localisatrice de cette dernière (p. 319).

⁹⁴ V. *supra*, n^{os} 190 et s.

⁹⁵ Voir Y. LESEC, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 10, « Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République », n^o 34, p. 10 : le choix du législateur s'explique notamment par le souci de ne pas contredire un arrêt de la Chambre criminelle ayant considéré fondée la localisation en France d'une contrefaçon, car l'atteinte aux droits d'auteur avait été subie en France ; « *or, l'atteinte portée aux droits de l'auteur est un fait et non un acte* ». V. Cass. crim., 2 févr. 1977, *Bull. crim.*, n^o 41.

d'exécution en France » ne dément pas ce constat⁹⁶ : dans cette espèce, le bien a déjà été mis en contact avec l'auteur, la situation infractionnelle étant ainsi en place.

477 LE BIEN COMME ELEMENT CONSTITUTIF LOCALISATEUR. – Le bien est une composante de l'élément matériel de l'infraction⁹⁷. Il apparaît alors logique d'envisager qu'il puisse, à ce titre, participer seul à la localisation de l'infraction. Cependant, la question ne semble pas revêtir de réel intérêt pratique, le bien se situant généralement au lieu de l'atteinte et, plus précisément, à l'endroit où celle-ci est subie. Dès lors, il faut sans doute changer de perspective pour établir toute la pertinence de l'interrogation, ce à quoi incite de toute façon la notion de bien.

478 En effet, au-delà de la chose dont il emprunte la forme, le bien est essentiellement, en droit pénal du moins, le substrat de l'intérêt protégé par certaines incriminations⁹⁸. Il constitue, alors, un élément plus juridique que matériel, dont la localisation est susceptible d'être opérée selon d'autres référentiels que celui de sa situation physique, principalement s'il est incorporel⁹⁹. De plus, le recours au bien en tant qu'élément localisateur propre de l'infraction permet, seul, d'expliquer certaines décisions de la Cour de cassation. La Chambre criminelle a ainsi, par exemple, plusieurs fois considéré que l'ordre répressif français était compétent, alors qu'une contrefaçon avait été matériellement et entièrement commise à l'étranger¹⁰⁰. Au motif, certainement plus juridique que matériel, que « *l'atteinte portée aux droits de l'auteur a eu lieu en France* », c'est le lieu de la situation juridique du bien que le juge pénal a finalement retenu pour localiser l'infraction ; le bien a, en effet, classiquement subi l'atteinte où il se trouvait. Or, en l'espèce, le bien était un droit qui, en tant que tel, ne pouvait logiquement se situer en dehors de son champ d'application. Le droit d'auteur étant

⁹⁶ Cass. crim., 10 mai 2007, préc.

⁹⁷ V. *supra*, n^{os} 23-28.

⁹⁸ V. *supra*, n^{os} 15-22.

⁹⁹ En droit international privé, par exemple, on n'applique pas aux biens incorporels la *lex rei sitae* : v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens*, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006, n^{os} 318 et s., p. 440 et s.

¹⁰⁰ Cass. crim., 2 févr. 1977, préc. : le prévenu « a édité sur le territoire des Etats-Unis d'Amérique un ouvrage intitulé *Encyclopedia of Modern Art Auction Prices, qui était, dans bon nombre de ses parties, la reproduction servile d'un ouvrage édité en France sous le titre Annuaire international des ventes et dont M. est l'auteur* ; [...] toutes les opérations relatives à l'élaboration et à l'édition de l'*Encyclopedia of Modern Art Auction Prices ont eu lieu outre-Atlantique sans l'autorisation de M.* » ; Cass. crim., 6 juin 1991, *Bull. crim.*, n^o 240 : sanction pour contrefaçon, « *même si les marchandises ou produits révélant la contrefaçon ont été fabriqués à l'étranger* », en l'espèce des éléments de carrosseries d'automobiles contrefaisant certains modèles de la Régie nationale des usines Renault ; Cass. crim., 29 janv. 2002, *Bull. crim.*, n^o 13 : sanction de la reproduction, dans un catalogue édité à l'occasion d'une exposition sur les femmes impressionnistes organisée au Japon, d'extraits de la préface d'un ouvrage sur le peintre Eva Gonzales, sans en mentionner le véritable auteur, et en signant l'écrit de son propre nom.

d'application territoriale, c'est donc sur le territoire de l'Etat qui avait accordé et attribué le droit que le bien se situait, en l'occurrence en France.

479 LA LOCALISATION PAR LE BIEN : UNE VÉRITABLE LOCALISATION JURIDIQUE. – Certains auteurs affirment alors que, dans un tel cas, c'est le préjudice plutôt que le bien qui localise l'infraction¹⁰¹. Le critère est, ainsi, assurément trop large puisque, d'un côté, il offre différents rattachements juridiques pouvant tous concourir à sa localisation¹⁰² et, d'un autre côté, il apparaît difficile de justifier sa limitation à une seule forme de préjudice¹⁰³. Une telle ouverture n'est donc certainement pas la volonté du juge pénal et, surtout, elle ne peut être le produit de sa seule initiative. Plus proche d'une compétence réelle, en raison de sa prise en compte de l'intérêt lésé, la considération d'un tel critère n'appartient, en effet, sur un tel fondement, qu'au législateur¹⁰⁴. Et, si tel est finalement son choix, il n'est alors plus nécessaire de s'interroger sur le champ d'application de la compétence territoriale¹⁰⁵. Mais ce n'est nullement le cas en l'espèce : c'est encore de compétence territoriale dont il s'agit, et il faut donc expliquer la solution de la Cour de cassation au moyen d'un critère de rattachement autre que le préjudice.

480 Le critère de localisation peut, alors, être recherché dans une causalité plus immédiate. Ce qui compte vraiment semble être, en réalité, la marque directement et objectivement laissée par l'atteinte sur le bien, c'est-à-dire le dommage, avant même le préjudice¹⁰⁶. Qu'il s'agisse, effectivement, d'une simple utilisation de la chose lui faisant perdre de la valeur, ou d'une atteinte matériellement plus préjudiciable, l'infraction laisse, invariablement, son empreinte sur le bien frauduleusement approprié. Singulièrement, à la différence de l'effet purement matériel de l'atteinte, le dommage est permanent, son objet étant ainsi contaminé pénalement de façon durable. Par conséquent, la seule trace de l'infraction qui demeure véritablement

¹⁰¹ A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.* ; C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 262, p. 353-354.

¹⁰² C. LOMBOIS, *op. cit.*, n° 262, p. 317 : « *Le vol serait ainsi réputé commis, non seulement au lieu de la manipulation ou à celui du déplacement de la chose (lieux qui peuvent être séparés : vol au grappin), mais encore au domicile du volé, siège de sa personnalité, donc de son patrimoine, donc de sa propriété méconnue* ».

¹⁰³ Sauf, précisément, à se référer au bien : v. *infra*, n°s 707 et s.

¹⁰⁴ En ce sens, A. LEGAL, *Rev. sc. crim.*, 1961, p. 342 ; A. DECOCQ, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 477-478 ; C. LOMBOIS, *ibidem* : « *La localisation juridique est fictive, parce que le siège des intérêts lésés par l'infraction est abstrait ; on ne le constate pas, on en décide. Ainsi la méthode n'est pas une technique d'interprétation (de la règle territoriale), mais une règle de compétence usant de ses propres rattachements (imités du droit international privé). [...] La considération du seul intérêt lésé, pour déterminer la compétence pénale, est de droit positif : c'est la compétence réelle* ».

¹⁰⁵ C. LOMBOIS, *ibid.* : « *Si le législateur distingue compétence réelle et compétence territoriale, c'est qu'elles ont des critères différents ; s'il fait, de la première, une compétence d'exception, ce n'est pas pour qu'on l'étende, sous le manteau étiré de la compétence territoriale, de droit commun, à des cas qu'il n'a pas prévus* ».

¹⁰⁶ Sur leur distinction, v. *infra*, n°s 553-554.

pénale, postérieurement à celle-ci, se situe sur le bien. L'utilisation subséquente de ce dernier comme élément localisateur de l'infraction apparaît alors pertinente, même si la solution de la Cour de cassation ne peut, en définitive, être étendue à n'importe quelle espèce de biens.

481 LA LOCALISATION PAR LE BIEN MALGRE SON IMMATERIALITE. – La localisation de l'infraction s'opère seulement en fonction des manifestations de cette dernière. A défaut, le principe de territorialité perd tout son sens et toute sa rigueur. Or, la situation géographique d'un bien approprié frauduleusement a vocation à varier au-delà de ces manifestations. En effet, parfois, un tel changement est caractéristique de l'atteinte, par exemple la soustraction qui constitue classiquement le vol. Au-delà, le profit d'une infraction première, sanctionné par l'incrimination de recel, se matérialise généralement par de nombreux déplacements de l'objet. Le constat est plus évident encore en matière de blanchiment, cette incrimination sanctionnant l'organisation frauduleuse de tels déplacements. De tels mouvements sont, ainsi, ordinairement constitutifs et localisateurs, puisqu'ils ne représentent alors que l'effet direct de l'atteinte. Mais souvent, un bien poursuit son déplacement après l'infraction. Dès lors, sa considération comme élément localisateur implique de reconnaître la compétence de l'ordre juridique français, à la simple condition qu'il ait été situé en France à un moment quelconque postérieur à l'infraction. D'évidence, le critère est alors bien trop large.

482 Paradoxalement, un tel critère semble donc ne se justifier que pour ce qui ne peut être véritablement déplacé. La localisation par le bien n'est ainsi pertinente que si ce dernier est incorporel. En effet, la chose restant en la possession du propriétaire durant et après l'atteinte, elle se situe nécessairement, encore et durablement, au lieu de commission de l'infraction. En conséquence, un tel bien peut certainement contribuer à localiser l'infraction, à condition bien sûr qu'il connaisse d'un rattachement juridique clair et unique. Or, tel est généralement le cas, en raison de l'interventionnisme, légal ou prétorien, que postule leur localisation, pour chaque type de biens incorporels. Par exemple, les œuvres de l'esprit, ou tout du moins les droits dont celles-ci font l'objet, sont classiquement soumises, d'une part, aux lois de police¹⁰⁷ et, d'autre part, à la loi de leur pays d'origine¹⁰⁸. C'est donc aux lieux qui correspondent à ces lois qu'ils subissent vraiment des atteintes, et qu'il conviendrait alors de situer l'infraction.

483 La localisation d'une infraction par le bien objet de l'atteinte est donc concevable, si celui-ci est incorporel. Ce constat technique s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans la problématique

¹⁰⁷ Droit moral : v. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 172.

¹⁰⁸ Droit patrimonial : v. Cass. civ. 1^{ère}, 22 déc. 1959, *Bull. civ. I*, n° 556.

plus générale de la prise en compte juridique de l'immatériel. D'un côté, le juridisme d'une telle solution ne se justifie que par le degré de raffinement atteint par la construction d'un droit adapté à des objets immatériels. Celui-ci permet déjà, en effet, de rattacher les biens incorporels à une personne et à un lieu. D'un autre côté, l'application d'une telle solution aux seuls biens sans corps semble la réponse adaptée à une délinquance s'étant elle aussi ajustée à leur existence. Ainsi, pouvant être commises et situées, les infractions à l'encontre des propriétés immatérielles doivent, certainement, pouvoir être prouvées.

Section II. L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE A L'INCORPOREL : LA PREUVE DE L'INFRACTION

484 LA PRESOMPTION D'INNOCENCE : LE RISQUE ET L'OBJET DE LA PREUVE. – Le droit de la preuve pénale est gouverné par la règle de la présomption d'innocence. En vertu de celle-ci, tout mis en cause dans un procès pénal¹⁰⁹ bénéficie, à différents titres, d'un préjugé d'innocence jusqu'à ce qu'intervienne la marque juridique et judiciaire de la certitude : l'autorité de la chose jugée. N'ayant aucun intérêt à renverser la présomption, le mis en cause reste passif, du moins en théorie. En conséquence, la charge de la preuve est assumée par le Ministère public, qui doit ainsi prouver les éléments constitutifs de l'infraction¹¹⁰. Plus fondamentalement, le mis en cause est un véritable défendeur : le risque de la preuve est supporté par le Ministère public-demandeur, et ce n'est que lorsqu'il excipe de moyens propres que le défendeur devient demandeur. En définitive, il n'y a donc là rien d'inédit par rapport au droit commun de la preuve¹¹¹ et, dès lors, l'originalité du droit de la preuve pénale semble plutôt résider dans son objet, c'est-à-dire dans l'infraction¹¹².

485 A l'analyse, la charge de la preuve d'une infraction n'apparaît pas si lourde pour le Ministère public. En effet, outre que le procès pénal suppose un subtil équilibre de présomptions qui relativise notablement la force de la présomption d'innocence, la preuve porte essentiellement

¹⁰⁹ Les frontières de ce procès sont encore difficiles à définir : il semble qu'il faille, la plupart du temps, y inclure la phase d'enquête, c'est-à-dire une phase essentiellement préjudiciaire. En ce sens, v. notam. Cour EDH, « *Allenet de Ribemont c. France* », 10 févr. 1995, *passim*. ; *Projet de rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 19 juin 2009, *passim*.

¹¹⁰ Précisément et individuellement : v. Cass. crim., 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 113.

¹¹¹ *Actori incumbit probatio ; Actore non probante, reus absolvitur ; Reus in excipiendo fit actor.*

¹¹² L'aspect substantiel de la présomption d'innocence assure à cette dernière une originalité certaine, mais il ne s'agit plus alors de droit de la preuve : v. art. 9-1 C. civ. ; art. 6 § 2 Conv. EDH ; Cour EDH, « *Allenet de Ribemont c. France* », préc.

sur la matérialité d'un fait¹¹³. De plus, un fait de nature infractionnelle est, en soi, rarement insignifiant : *res ipsa loquitur*. Ainsi, c'est dans l'établissement d'une telle matérialité que consiste la mission principale du Ministère public¹¹⁴.

486 LES INCIDENCES DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS SUR LA PRESOMPTION D'INNOCENCE. – La preuve d'une infraction résidant donc, avant tout, dans celle de son élément matériel, la dématérialisation de ce dernier n'apparaît pas, *a priori*, de nature à la faciliter. Il faut, en effet, démontrer qu'existe ce qui ne peut pourtant être immédiatement touché, puis justifier du fait qu'un tel objet a, malgré tout, été atteint. L'obstacle est alors, en théorie, plutôt de nature à multiplier les doutes qu'à forger une conviction. Cependant, il existe une véritable unité de l'élément matériel, dont l'effectivité se trouve, en pratique, renforcée par les moyens utilisés pour commettre l'infraction. L'acte génère des effets et, partant, des traces, et de son existence ainsi induite, on peut finalement inférer celle d'un objet. A cette fin, l'informatique permet, par exemple, à la fois d'enregistrer les stigmates d'une infraction commise par son biais, et de les retranscrire durablement. La preuve étant alors concevable malgré sa difficulté, il faut étudier, plus précisément, la cause de ces deux caractères ; la preuve est complexe en raison de son domaine (§ 1), mais elle demeure possible en raison de ses instruments (§ 2).

§ 1. Le domaine de la preuve : l'élément dématérialisé

487 LE DOUBLE OBJET DE LA RECHERCHE PROBATOIRE CONCERNANT L'ÉLÉMENT MATÉRIEL. – L'élément matériel d'une infraction est constitué d'un comportement et de son objet, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'une atteinte à la propriété, d'une appropriation frauduleuse et d'un bien¹¹⁵. Sa preuve se dédouble donc en la démonstration de l'existence d'un fait juridique déterminé, parce que préalablement incriminé par la loi, et celle de la présence de son objet, une chose appropriée par autrui. Traditionnellement, cette chose représente un objet mobilier, la preuve de son appropriation empruntant ainsi des figures connues du droit des biens meubles : la possession¹¹⁶, l'occupation¹¹⁷, les règles régissant la vente au comptant¹¹⁸, ou

¹¹³ C. LOMBOIS, « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, p. 85-86.

¹¹⁴ En ce sens, C. LOMBOIS, *ibidem*.

¹¹⁵ V. *supra*, n°s 23-28.

¹¹⁶ V., par ex., Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165 : la présomption de propriété, édictée par l'article 2279 du Code civil (désormais par l'article 2276) en faveur du possesseur de bonne foi, peut jouer au profit du

encore le régime de l'indivision¹¹⁹. La difficulté ne réside donc, occasionnellement, que dans la détermination du véritable propriétaire de la chose. A l'inverse, la prise en compte des biens incorporels comme objets d'atteintes pénales pose rarement des problèmes d'attribution originaire de la propriété¹²⁰. C'est, en effet, principalement à propos de l'existence même de telles choses que le juge pénal s'interroge. Leur appropriation est alors, une fois leur réalité constatée, presque un truisme : il n'existe pas de chose sans corps commune ou abandonnée¹²¹. De même, l'identification de leur propriétaire s'avère, en raison de leur genèse essentiellement personnelle, relativement aisée : la plupart des biens incorporels portent irrémédiablement la marque de leur premier maître, celui au profit duquel ils ont été créés, et au-delà duquel ils n'existeront parfois plus.

488 Par conséquent, malgré quelques spécificités, la structure de la preuve de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel reste donc duale, se concentrant classiquement autour du pôle-objet, puis du pôle-acte de l'infraction : à la preuve de l'existence d'un bien protégé (A) succède, ainsi, celle de l'existence d'un comportement incriminé (B).

A. La preuve de l'existence du bien protégé

489 LA PREUVE DE L'EXISTENCE DE LA CHOSE IMMATERIELLE : L'EXAMEN ET LA DISTINCTION DES UTILITES. – Devant le juge pénal, le problème de la preuve, en ce qui concerne la chose immatérielle, ne se pose généralement plus en termes d'apparition, mais de distinction. En effet, l'intérêt porté à une chose réelle a, en principe, déjà été démontré en amont, d'une part,

prévenu colocataire d'un coffre de banque qui prend possession de son contenu au décès de l'autre locataire. Ainsi, si sa possession est, comme en l'espèce, exempte de vices, il n'y a pas vol.

¹¹⁷ V., par ex., Cass. crim., 21 mars 1978, *Bull. crim.*, n° 113 : la découverte de lingots d'or notoirement appropriés, au lieu indiqué par leur véritable propriétaire, n'autorise pas l'inventeur à se prévaloir de l'article 716 du Code civil. S'appropriant malgré tout les lingots, il commet un vol.

¹¹⁸ V., par ex., Cass. crim., 18 juill. 1963, *Bull. crim.*, n° 262 : le vendeur au comptant d'une marchandise conserve la possession et la propriété de cette dernière, jusqu'à ce que l'acquéreur en paye le prix. Commet donc un vol l'acquéreur qui profite de la remise de la marchandise pour l'emporter sans en régler le prix.

¹¹⁹ V., par ex., Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96 : l'article 815-3, alinéa 1^{er}, du Code civil (avant la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006) posait que les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requéraient le consentement de tous les indivisaires. Avait donc commis un vol la personne qui avait acquis des biens indivis, alors que certains des coindivisaires s'étaient opposés à leur cession.

¹²⁰ V., toutefois, Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218 : en l'espèce, un salarié avait créé un projet de borne informatique de gestion de station d'épuration, pour le compte d'un employeur qui détenait, sur son travail, une exclusivité. De la sorte, bien que de façon peu évidente, le projet était, dès son existence en tant que bien, approprié par l'employeur. En en disposant par la suite comme d'un bien propre, le salarié a alors commis un abus de confiance (v. *supra*, n°s 203 et s.).

¹²¹ V. *supra*, n° 135.

par l'acte d'appropriation commis par l'auteur éventuel de l'infraction et, d'autre part, par l'acte de propriétaire que forme certainement, en réaction, la constitution de partie civile de la victime¹²². Encore faut-il bien sûr, pour parvenir par ce biais au déclenchement de l'action publique, que la partie civile prouve, au préalable, qu'elle a subi un préjudice du fait de l'infraction ou, du moins, qu'elle apporte des éléments permettant au juge « *d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué* »¹²³. Ce sera, ainsi, la perte patrimoniale involontaire de l'un qui, mise en corrélation avec le gain frauduleux d'un autre, permettra la plupart du temps de démontrer qu'une chose a, probablement, été l'objet d'une infraction. Le point de confrontation des volontés sera alors nécessairement un objet, dont la propriété va postérieurement être discutée, mais dont la réalité ne semble guère pouvoir, en revanche, être contestée. Cependant, si la chose en question est immatérielle, la nécessité de l'intervention d'un autre bien pour assurer sa représentation va compliquer la détermination de l'objet précisément approprié. Sauf si la situation permet aisément une telle distinction, c'est donc la volonté de l'auteur de l'infraction qu'il va alors falloir découvrir. La preuve d'une partie de l'élément matériel rejoint, ainsi, celle d'une partie de l'élément moral.

490 Afin de rester le plus objectif possible, on ne peut que s'avancer à supposer que, sauf cas particuliers, la personne qui cherche à s'approprier frauduleusement le bien d'autrui agit selon un but similaire à celui de l'appropriation originale : profiter de l'utilité du bien. En définitive, seuls les moyens employés paraissent alors porter le sceau de l'illégalité. L'utilité des biens représente, en effet, la cause de leur appropriation¹²⁴. C'est donc à travers son analyse qu'il devient possible de comprendre les raisons de toute appropriation et, de la corrélation entre un bien et son utilité, on peut logiquement déduire ce qui a véritablement été approprié. Ainsi, un bien incorporel représenté par un support nécessite souvent, pour être approprié, l'appréhension antérieure ou concomitante de ce support¹²⁵. Toutefois, à l'examen des utilités, il apparaît évident que l'objet de l'infraction constitue alors, la plupart du temps du moins, le seul bien incorporel. Son utilité et, partant, sa valeur, sont recherchées en tant que telles par l'auteur de l'infraction, but certain de ses actes frauduleux. A l'inverse, l'utilité du support est justement de parvenir à une telle appropriation, moyen nécessaire de la commission de l'infraction. Cela ne signifie pourtant pas qu'en utilisant le bien représentant comme d'un bien propre, l'auteur ne commet pas également une infraction dont l'objet est ce

¹²² V. *infra*, n^{os} 749 et s.

¹²³ Cass. crim., 23 juill. 1974, *Bull. crim.*, n^o 263 : v. *infra*, n^{os} 728-729.

¹²⁴ V. *supra*, n^{os} 126 ; 316 et s.

¹²⁵ V. *supra*, n^{os} 365 et s.

bien exclusivement. Mais, au stade de l'opportunité des poursuites, c'est généralement l'appropriation frauduleuse du bien représenté, dont la valeur est autrement supérieure à celle de son représentant, qui est poursuivie ; pour le moins est-ce l'intention vraisemblable du Ministère public et, avant lui, de la partie civile. D'ailleurs, en aval, quand vient le jour du jugement, c'est un constat identique que l'on peut finalement dresser *a posteriori*. Par exemple, la peine prononcée et la réparation allouée pour le vol d'un écrit servant de preuve à un droit de créance apparaissent, bien souvent, similaire à celles d'un vol de créance¹²⁶. La condamnation n'est alors pas vraiment conforme à la qualification, mais elle est, en revanche, représentative de ce sur quoi a indéniablement porté la volonté de l'auteur de l'infraction.

491 Une fois la preuve apportée de l'existence autonome d'un objet sans corps que l'auteur a peut-être approprié frauduleusement, il reste à s'assurer que la chose était, antérieurement, appropriée par un autre que lui.

492 LA PREUVE DU LIEN : L'ATTRIBUTION AU CREATEUR OU AU DESTINATAIRE JURIDIQUEMENT

DESIGNE DE LA CREATION. – La preuve qu'un bien appartient à autrui consiste à démontrer que cette chose, fût-elle incorporelle, lui a été antérieurement et régulièrement attribuée. Associée à celle de l'atteinte malgré l'existence de cette appropriation et sa connaissance par l'auteur, elle suffit à établir l'infraction. C'est pourquoi elle recouvre une importance particulière, et cela explique que l'exception de propriété, pour laquelle le juge pénal demeure compétent, sauf si le bien est un immeuble¹²⁷, constitue un moyen de défense privilégié par les personnes poursuivies.

493 L'appropriation des biens incorporels s'opère selon des modes classiques, adaptés à leur caractère abstrait, ou selon un mode propre : la création¹²⁸. Biens nécessairement construits, choses créées selon l'intelligence, l'imagination ou l'industrie d'une ou de plusieurs personnes, voire d'une entité sociale, c'est rationnellement autour de ce dernier mode que gravite l'attribution originare de leur propriété. En effet, si l'attribution du bien n'est pas préalablement organisée par le droit, donc si le bien est une création brute, peu formelle, mais

¹²⁶ En ce sens, v. R. GASSIN, « La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », *Mélanges J. Lebreton*, PUF, 1968, p. 91, n° 11 : « La victime du vol d'un écrit servant de preuve à un droit de créance a le droit d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la perte de la créance et non pas seulement de celle du papier qui la constate. Il a été notamment jugé [CA Toulouse, 12 déc. 1895, D., 1897, 2, p. 39] que le préjudice qu'elle subit étant l'équivalent même de l'émolument attaché au titre soustrait, la partie civile doit obtenir à titre de dommages-intérêts une somme égale à celle dont le titre soustrait la rendait créancière ».

¹²⁷ Art. 384 C. proc. pén. : « Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier ».

¹²⁸ V. *supra*, n°s 41-42, et 204-205 ; *infra*, n° 642.

néanmoins inédite et unique, telle une information, c'est le créateur lui-même qui bénéficie de son appropriation.

494 La règle n'étonne pas, tant elle est naturelle et, partant, universelle : ce qui est propre à un être est avant tout, outre sa personnalité, ce qu'il crée à partir de celle-ci et qui en porte ainsi la marque. Toutefois, alors non organisée spécialement, sa propriété n'en doit pas moins être attribuée juridiquement. Dans un tel cas de figure, la recherche de la preuve connaît donc d'un autre niveau : le juge pénal ne va pas, à son terme, simplement constater l'existence d'un droit et en tirer les conséquences ; il va participer, comme le juge civil en matière d'occupation, à sa constitution. Plus justement, ce que le juge civil, puis le juge pénal, forgent alors, à travers les mécanismes de l'occupation et de la création, sont de nouveaux modes généraux d'acquisition originaire de la propriété¹²⁹. Tout au plus peut-on peut-être concéder, de façon ponctuelle, que chaque application par le juge de ces règles non écrites, qu'elle soit concomitante ou postérieure à leur affirmation, permet de faire d'un droit latent et général, fondé sur une règle abstraite, un droit individuel, vivant et concret, fondé sur un acte juridictionnel¹³⁰. Mais le constat vaut, également et principalement, pour les règles écrites, la seule spécificité de telles décisions résidant donc, en définitive, dans la plus forte teneur prétorienne de leur fondement.

495 Le créateur peut, ensuite, représenter le bénéficiaire juridique de sa création en vertu de la loi, par exemple s'il s'agit d'une œuvre de l'esprit, c'est-à-dire, selon la Cour de cassation, d'une création de forme originale¹³¹. De même, un contrat peut attribuer la propriété d'une telle œuvre – ou d'un bien plus quelconque – à l'employeur du créateur, à condition toutefois que ce dernier les réalise dans le cadre de son travail salarié¹³² ; l'acquisition est alors dérivée¹³³.

¹²⁹ En ce sens, v. T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 166 : à propos d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 22 septembre 2004 (préc.), l'auteur précise que « la décision revient donc à consacrer la création [...] comme un nouveau mode d'acquérir, mode originaire général qu'il convient, dès lors, d'ajouter à la liste des articles 711 et 712 du Code civil (complétée de longue date de l'occupation) ».

¹³⁰ Comp. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, coll. Bibl. de DIP, Dalloz, 1973, n^{os} 21 et s., p. 15 et s.

¹³¹ Pour la règle, v. art. L. 111-1, al. 1^{er}, C. propr. intell. : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » ; pour l'exigence d'originalité, v. par ex. Cass. crim., 7 oct. 1998, *Bull. crim.*, n^o 248.

¹³² Pour l'œuvre, « la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination » (nous soulignons) : v. Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, *Bull. civ. I*, n^o 315 ; pour un projet non protégé par le droit d'auteur, une simple clause d'exclusivité suffit : v. par ex. Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.

¹³³ *Contra*, T. REVET, *op. cit.*, *loc. cit.* : « cette attribution originaire [au profit de l'employeur] constitue la pure et pleine application des mécanismes de droit commun, en vertu desquels l'employeur, locataire de la force de travail que le salarié met à sa disposition en concluant le louage de services, devient propriétaire des produits du travail subordonné en raison même du droit de jouissance que lui confère son titre : il est de règle constante que le preneur fait les fruits siens, or les produits du travail ne sont jamais que les fruits de la force de travail ».

Enfin, les droits résultant d'un acte juridique, bien que spécialement créés, sont acquis initialement par l'effet des obligations¹³⁴. Au-delà, en ce qui concerne tous les droits innés, « *dont la possession est inhérente à la situation objective d'existence d'une personne humaine* »¹³⁵, l'acquisition s'opère de plein droit, lors de la naissance de la personnalité juridique. Cependant, il faut sans doute préciser que c'est alors parce que le créateur de ces droits, en l'occurrence le législateur, a initialement prévu d'en faire bénéficier chaque personne juridique, qu'une telle appropriation se réalise. Mais un tel argument n'apparaît, au demeurant, pas si pertinent, le constat valant alors pour chaque droit de propriété créé, c'est-à-dire, originairement, pour tous, les seules différences entre chacun résidant dans les conditions d'attribution des droits et, surtout, dans leur objet, corporel ou incorporel. Ce panorama rapide des modes d'acquisition des biens incorporels étant achevé, qu'en déduire précisément en ce qui concerne la preuve ?

496 En raison de la spécificité de l'acquisition des choses incorporelles, celle-ci emprunterait-elle des modes classiques, la preuve de leur appropriation paraît relativement aisée. En effet, les modes dérivés d'acquisition de la propriété, principalement le contrat, sont généralement assortis de mesures de publicité destinées à pallier le faible rôle joué par la possession en ce domaine¹³⁶. A défaut, il existe alors un autre objet de preuve, plus classique, dont les règles sont connues et parfaitement maîtrisées : le contrat. De plus, si la preuve de celui-ci obéit aux principes plus contraignants régissant les actes juridiques, elle peut finalement se combiner à d'autres éléments et, ainsi, participer d'une recherche plus libre de la propriété.

497 Au sein de ces biens incorporels ayant vocation naturelle à circuler juridiquement, les valeurs mobilières doivent toutefois être distinguées. Leur preuve, parce qu'elle s'inscrit dans leur régime particulier, s'opère en conformité avec leur mode de circulation, à la fois déterminant et conséquent à leur nature juridique. Par exemple, si la valeur est mobilisée, circulant alors par simple tradition manuelle, s'appliquent de nouveau les règles de la possession et, notamment, celles qui sont relatives au don manuel¹³⁷. A l'inverse, si la valeur est

Toutefois, l'acte juridique que nécessite une telle opération constitue, à notre sens, précisément la preuve que l'acquisition n'est alors que dérivée. Telle est la particularité des fruits civils.

¹³⁴ Art. 711 C. civ., *in fine*.

¹³⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 263, p. 223. – V. *infra*, n°s 667-668.

¹³⁶ Par exemple, le cessionnaire d'une créance doit, en vertu de l'article 1690 du Code civil, signifier au débiteur l'existence du transfert de droit, informant par là même les tiers de l'opération.

¹³⁷ Comp. Cass. crim., 28 févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 99 : en l'espèce, la prévenue aurait dû démontrer – et non pas seulement invoquer – que les bons de caisse qu'elle détenait lui avaient été remis à titre de don manuel. Ne l'ayant pas fait, elle est condamnée pour vol.

scripturalisée, circulant donc par un simple jeu d'écritures, c'est l'inscription en compte qui va se substituer juridiquement à la possession¹³⁸. Dès lors, pour ces biens comme pour tous ceux dont le destin est de circuler juridiquement, l'établissement de la propriété ne semble pas se poser comme un véritable problème.

498 Laissant de côté les œuvres de l'esprit, qui obéissent à des régimes probatoire et infractionnel particuliers déterminés et définis par le Code de la propriété intellectuelle, et les biens innés, pour lesquels ne se pose pas, en raison de leur nature intrinsèque à une personne, de problème majeur de preuve de la propriété, il ne reste donc qu'à éclaircir la situation des biens créés, frauduleusement appropriés sans avoir été préalablement transmis.

499 La création nécessite classiquement l'examen de l'objet créé, par le juge pénal, afin d'en déterminer la source, c'est-à-dire le créateur. Toutefois, le lien entretenu entre l'objet et son sujet dépasse alors le droit de propriété classique. En effet, il existe et demeure entre eux, cause d'abord, concurrent ensuite, du lien juridique, un lien de paternité : si le bien est une création, c'est qu'il a été créé, donc qu'il existe un créateur. La particularité de ce mode d'acquisition réside ainsi, outre dans l'origine jurisprudentielle de sa généralité, dans la concomitance de la vérification, concernant l'objet, de l'existence des caractères du bien, et de la détermination d'un propriétaire en la personne de celui qui a su le doter de ces caractères. Cela ne signifie pourtant pas que la recherche de la preuve, celle-ci intervenant *a posteriori* et devant concrètement démontrer l'altérité du propriétaire par rapport à l'auteur de l'atteinte, soit aisée. Si la personnalité du créateur reste ostensiblement ancrée dans le bien, la preuve sera certainement facilitée. Mais un tel ancrage donne généralement à la création suffisamment d'originalité pour être protégée par le biais de la propriété intellectuelle. En conséquence, à défaut de cette dernière protection, c'est une approche purement exogène qui doit conduire à la preuve d'un tel lien. Or, une telle approche est souvent efficace.

500 L'activité de création nécessite effectivement du temps, des fonds, des outils, et génère fréquemment d'autres objets que l'œuvre finale. De la sorte, une recherche en amont de la finalisation d'un bien créé permet bien souvent, en raison de l'existence de ces nombreuses traces, d'identifier l'artisan qui l'a construit. A ce sujet, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 septembre 2004, – qui paraît avoir consacré la création comme mode originaire et général d'acquisition de la propriété¹³⁹ –, s'avère particulièrement éclairant. L'exposé des faits est, en effet, dominé par le champ lexical de la

¹³⁸ V. Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *supra*, n°s 351-353.

¹³⁹ Préc. : v. *supra*, n°s 204-205.

création : « élaboré », « mise au point », « moyens mis à sa disposition », « conseils techniques », « projet », « installation », « constructeur », « création », « produits développés », ou encore « réalisation ». Il semble donc, qu'en l'espèce, il n'a pas été difficile de savoir qui était le créateur de l'objet et, même si la solution conduit, finalement, à attribuer la propriété à quelqu'un d'autre, en raison de la préexistence d'un contrat, elle démontre bien la possibilité de la démonstration des différentes attributions du bien. L'avenir jurisprudentiel confirmera ou infirmera ce constat.

501 Pour conclure sur ce point, la proximité d'un tel contentieux avec celui de la propriété intellectuelle augure d'autres difficultés probatoires. De longue date, le droit spécial a choisi la voix de la présomption : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée »¹⁴⁰. Pragmatique et fondée sur l'apparence, une telle règle, à condition qu'elle soit adaptée aux créations non protégées par le droit d'auteur, ne peut cependant connaître de destin fondamental en droit pénal, principalement en raison de la présomption d'innocence. Le doute demeure en effet évident, de même, qu'à l'inverse, une telle divulgation par une personne autre que le créateur est justement de nature à constituer l'atteinte. Tout au plus cette divulgation peut-elle, en définitive, contribuer à une recherche de la preuve possible et, ainsi, dotée d'éléments solides. Elle participe à démontrer, en tout cas, le lien fort existant entre l'objet et le comportement, donc entre leur preuve.

B. La preuve de l'existence du comportement incriminé

502 L'ORTHODOXIE DE LA RECHERCHE : L'EXISTENCE POSSIBLE DE PREUVES DIRECTES ET INDIRECTES. – Malgré la dématérialisation, au moins concevable, de la plupart des comportements contribuant à constituer une infraction contre la propriété, il n'existe, concrètement, aucun élément absolument immatériel, du moins du point de vue de sa manifestation¹⁴¹. Le « principe » de la matérialité demeure donc sauf – « pas d'infraction sans activité matérielle »¹⁴² – et la preuve apparaît, corrélativement, moins complexe.

503 Toutefois, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, c'est l'existence de l'ensemble du processus infractionnel qu'il convient de démontrer. Ainsi, en matière d'abus de confiance, il

¹⁴⁰ Art. L. 113-1 C. propr. intell. ; art. 5 de la directive 2004/48/CE du 29 avr. 2004 « sur le respect des droits de propriété intellectuelle » ; art. 15.1 de la Convention de Berne du 9 sept. 1886 « pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ».

¹⁴¹ V. *supra*, n^{os} 459 et s. – Le constat ne concerne bien évidemment pas l'élément moral.

¹⁴² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1997 (7^{ème} éd.), n^o 479, p. 604 et s.

est, en principe, nécessaire de prouver, d'abord, qu'il y a eu remise d'un bien, ensuite, qu'il y a eu détournement¹⁴³. Or, outre qu'il puisse dorénavant arriver que l'un des actes considérés soit dématérialisé, il est également envisageable que les deux le soient de concert. Par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà sanctionné, dans un arrêt du 30 mai 1996, le détournement de valeurs mobilières scripturalisées¹⁴⁴. C'est donc sous la forme de simples transferts d'informations qu'elle a alors appréhendé, tant la remise préalable, que le détournement. Pour autant, il apparaît à l'analyse que les preuves de chacun de ces comportements n'ont, en l'espèce, pas véritablement manqué. Le cadre dans lequel s'est déroulée l'infraction, bancaire et boursier, a classiquement généré des enregistrements de chaque opération effectuée, permettant par là même leur parfaite traçabilité. De plus, à ces informations privées souvent suffisantes, mais parfois difficiles à obtenir¹⁴⁵, s'ajoutent dans certains cas, par exemple en matière de blanchiment, d'autres informations résultant de l'obligation légale imposée à certains organismes et à certaines personnes, de déclarer à un service national de nombreuses opérations susceptibles de constituer ou de révéler une infraction¹⁴⁶. Mais la plupart des infractions contre la propriété ne se déroulent pas dans un tel cadre.

504 En s'écartant alors du cadre, et en ne s'intéressant plus qu'au processus probatoire, qui mène classiquement du soupçon à la certitude¹⁴⁷, mais qui emprunte pour cela des voies très diverses, un autre constat semble pouvoir être dressé : il est possible d'apporter la preuve directe de comportements dématérialisés ou peu matérialisés. En effet, les preuves électroniques, parce qu'elles constituent une forme d'écrit, et à condition que leur intégrité soit sauve et que leur teneur soit garantie¹⁴⁸, « *portent en elles-mêmes leur valeur probante* »

¹⁴³ Même si la remise apparaît désormais comme un élément matériellement inconstant : v. *supra*, n^{os} 190 et s.

¹⁴⁴ Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

¹⁴⁵ L'obtention de telles informations va souvent nécessiter une perquisition, puis une saisie, voire la levée d'un secret (v. par ex. art. 77-1-1 C. proc. pén.). Il existe alors un risque de camouflage ou de destruction des preuves et, si le litige prend une dimension internationale – ce qui est envisageable en considération du cadre de l'infraction –, la recherche probatoire va être confrontée à de nombreuses difficultés, tenant tant à son organisation et à sa légitimation, que, par exemple, à l'absoluité du secret bancaire en cours dans certains pays. Sur ces dernières difficultés, liées à l'internationalité, v. S. LEDAN, *Le droit pénal et les mouvements de capitaux*, thèse, Toulouse I, 2005.

¹⁴⁶ Art. L. 562-1 et s. C. mon. fin.

¹⁴⁷ Mais pas à la vérité : v. J.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon Frères, 1855, n^{os} 1799-1800, p. 849-850.

¹⁴⁸ Comp. art. 1316-1 C. civ. qui reconnaît l'écrit sous forme électronique comme une preuve, à condition « *qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». V. art. 441-1 C. pén. qui garantit cette intégrité par la sanction du faux : « *Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* ».

et permettent au juge d'acquérir « *directement la connaissance du fait à établir* »¹⁴⁹. Ainsi, pour tous les biens incorporels dont la transmission s'opère par le biais de l'informatique – ils sont nombreux – ou, plus généralement, par le biais d'un écrit, la preuve de l'élément matériel peut être directement rapportée. Toutefois, seuls un écrit authentique ou un écrit dont la teneur est matériellement incontestable peuvent pleinement jouer ce rôle. A défaut, même si un témoin assiste à la manipulation nécessaire à l'appréhension d'un tel bien, c'est-à-dire à sa matérialisation, la preuve ne peut être, en raison de l'inéluctable équivocité de cet acte, que médiate, nécessitant donc cette fois un « *raisonnement logique et [...] un examen approfondi* »¹⁵⁰ de la part du juge, ainsi que la production devant ce dernier d'autres éléments de conviction. La preuve de l'atteinte portée à un bien incorporel ne semble alors, la plupart du temps, pouvoir être qu'indirecte.

505 L'ORIGINALITE DE LA RECHERCHE : LA PARTICULARITE DES PREUVES INDIRECTES. – Le bilan n'étonne guère. La dématérialisation d'un comportement rend nécessairement difficile son appréhension immédiate et adéquate par un autre que l'auteur, soit parce qu'elle conduit à le rendre imperceptible de la plupart, soit parce qu'elle en fait, au mieux, un acte équivoque. Ainsi, le détournement d'un bien incorporel peut, par exemple, prendre la forme d'une manipulation informatique précisément finalisée ; l'acte est alors peu manifeste. De même, la soustraction d'une information est susceptible de s'opérer à travers la réalisation d'une simple photocopie ; l'acte n'est donc pas pénalement univoque. Tout au plus la victime peut-elle témoigner de l'existence du comportement frauduleux et de sa teneur en raison de sa position particulière. Mais, outre que celle-ci ignore parfois l'infraction durant sa commission, ne pouvant ainsi la relater fidèlement, une telle déposition serait fatalement partielle. A moins que l'examen de la volonté de l'auteur suffise à éclairer ses actes, ce qui reste peu probable en raison notamment de son intérêt à garder le silence, la preuve semble donc devoir être recherchée ailleurs que dans un report direct du comportement.

506 Malgré sa particulière acuité dans le domaine de l'immatériel, une telle difficulté ne lui est pourtant pas propre, et ne concerne d'ailleurs pas seulement le droit pénal de la preuve. Par conséquent, la solution est connue de longue date : il suffit de recourir à « *des faits voisins ou connexes de la réalité, desquels le plaideur demande au juge d'inférer, par un détour plus ou moins long, la réalité de ceux qu'il aurait voulu, mais qu'il n'a pas pu, atteindre*

¹⁴⁹ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. II, Cujas, 2001 (5^{ème} éd.), n° 169, p. 212 : les auteurs définissent ainsi les preuves directes.

¹⁵⁰ *Ibidem* : ainsi sont les preuves médiates.

directement »¹⁵¹. Il ne s'agit donc, en somme, que de « *déplacer l'objet de la preuve* »¹⁵², afin que le magistrat tire « *des conséquences [...] d'un fait connu à un fait inconnu* »¹⁵³, c'est-à-dire utilise des présomptions. Cette preuve par les présomptions de l'homme est, en droit pénal, classiquement qualifiée preuve indiciale ou circonstancielle, et « *consiste à relever et à examiner tous les faits matériels qui peuvent conduire à la découverte de la vérité* »¹⁵⁴. Son inéluctable relativité est, parfois, contrebalancée par le caractère scientifique de l'examen des indices recueillis. Ce n'est, en réalité, que dans la teneur de ces indices que se situe la spécificité de l'immatériel.

507 Le juge pénal va, en effet, rechercher la matérialité où elle se trouve. Le choix – ou la nécessité – de l'induction l'autorise à utiliser tous les effets de l'infraction pour en inférer la cause. Ne se limitant donc pas à l'effet direct du comportement, contrairement à l'exigence légale en matière de localisation¹⁵⁵, mais pouvant alors constater l'ensemble des manifestations de l'infraction, le juge va également recueillir les indices matériels de sa commission. Le déplacement de l'objet de la preuve prend ainsi, principalement, la forme d'une recherche de matérialité, car il est indéniable qu'« *il n'y a pas une seule infraction, si éthérée que soit sa malversation, qui n'ait une manifestation matérialisée* »¹⁵⁶. Dès lors, comme à la preuve directe de la propriété est privilégiée celle de la possession, qui n'en est en principe qu'un effet, la preuve d'un comportement peu perceptible va plutôt s'opérer indirectement, par le biais de ce qui est effectivement et durablement perçu.

508 De préférence, les preuves médiates d'un comportement peu perceptible sont donc matérielles. Toutefois, entrent également dans cette catégorie tous les écrits électroniques dont l'intégrité n'est pas certaine, ainsi que ceux qui constatent l'un des effets du comportement – et, par conséquent, la réalité de celui-ci –, mais qui ne permettent pas de le déterminer précisément, dans le temps et dans l'espace. Par exemple, la preuve de la soustraction d'une information par reproduction de celle-ci sur une disquette peut s'opérer par l'examen de ce

¹⁵¹ E.-A. BARTIN, note 10 bis sous § 749, in C.-M. AUBRY, C.-F. RAU et E.-A. BARTIN, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. XII, Juris-Classeurs, 1922 (5^{ème} éd.). Voir J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse, Toulouse I, 1980, n^{os} 40 et s., p. 60 et s., et n^o 320, p. 432.

¹⁵² R. PERROT, n^o 1169, in L.-C.-A. BEUDANT, R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, G. LAGARDE et R. PERROT, *Cours de droit civil français*, t. IX, Ed. Arthur Rousseau, 1953 (2^{ème} éd.).

¹⁵³ Art. 1349 C. civ.

¹⁵⁴ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. II, n^o 191, p. 239. Nous soulignons.

¹⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 446 et s.

¹⁵⁶ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, coll. Précis, Dalloz, 1979 (2^{ème} éd.), n^o 262, p. 352 : l'auteur se limite alors au résultat de l'élément constitutif. Bien qu'en désaccord sur le contenu de ce bornage (v. *supra*, n^o 464), *a fortiori* pouvons-nous finalement rejoindre l'auteur pour affirmer qu'il existe nécessairement un effet matériel à l'infraction.

support matériel. De la sorte, si les investigateurs font preuve de suffisamment de célérité, il sera aisé de dater précisément l'infraction. Mais à défaut, si l'auteur prend le temps de modifier le support de l'information, l'examen de ce dernier limitera la révélation à celle de l'existence d'une atteinte. Sa détermination précise devra donc être complétée à l'aide d'autres éléments, généralement matériels. En définitive, l'utilisation privilégiée de preuves électroniques semble être, de concert avec une recherche accrue de matérialité, le principal caractère de la recherche probatoire d'un comportement dématérialisé.

509 CONCLUSION : LA PREPONDERANCE DE L'ORTHODOXIE. – La preuve d'une infraction contre la propriété d'un bien incorporel n'apparaît guère plus difficile à apporter que celle d'une infraction classique. Tout au plus présente-t-elle certaines spécificités dues aux moyens dont l'auteur s'est servi pour commettre l'atteinte. Le labeur paraît alors résider dans la seule preuve de la distinction entre le bien incorporel et son support. Les impératifs probatoires conduisent fréquemment, en effet, à faire de ce qui n'est qu'un instrument de preuve, l'objet même de la preuve. Une fois le lien de représentation clairement décelé puis rétabli¹⁵⁷, il faut donc tirer les conséquences de sa particularité et de sa force. Le bien représentant n'est pas l'objet de l'infraction et, conséquemment, l'objet de la preuve. En revanche, il demeure, en raison du lien qu'il entretient avec ce dernier, l'instrument de preuve de l'infraction le plus pertinent.

§ 2. L'instrument de la preuve : les supports de représentation

510 LA DOUBLE FONCTION DU BIEN REPRESENTANT : LA REPRESENTATION ET LA PREUVE. – Le bien représentant a pour fonction principale de permettre l'apparition et l'accessibilité du bien représenté ; c'est cette utilité qui justifie alors son appropriation¹⁵⁸. A cette fin, le bien représentant incarne ou concourt à l'incarnation du bien représenté, en un lieu donné et durant un certain temps, permettant par là même, notamment, sa localisation¹⁵⁹. En conséquence, au même titre que la représentation autorise un tel effet, même s'il s'avère finalement qu'il n'était pas escompté, cette opération facilite également la preuve d'une infraction ayant pour objet le bien représenté. En effet, en devenant le corps d'un bien qui n'en a pas, fût-ce

¹⁵⁷ V. *supra*, n^{os} 380 et s.

¹⁵⁸ V. *supra*, n^{os} 409-410.

¹⁵⁹ V. *supra*, n^{os} 469 et s.

pendant un court instant, le support accueille le bien qu'il représente au sein de sa matière et, partant, de sa constitution ou, plus exactement, de sa construction¹⁶⁰. Ainsi, une fois la représentation achevée, le support retrouvant donc une pleine autonomie, il n'est pas rare que celui-ci porte durablement les stigmates de la rencontre, qu'il en garde la mémoire. Il devient alors, en raison de la possibilité qu'il offre de retranscrire directement tout ce qui a été, à travers lui, en relation avec le bien représenté, le plus précieux des éléments de preuve.

511 LA DOUBLE NATURE DE L'INFORMATION : OBJET DE PROPRIÉTÉ ET INSTRUMENT DE PREUVE. – L'examen du support va révéler différentes sortes d'informations. En premier lieu, le bien représentant, principalement s'il s'agit d'un ordinateur, enregistre fréquemment des données permettant de vérifier l'existence du bien représenté et celle de l'atteinte. Prises en compte lors d'un procès pénal, c'est-à-dire insérées au sein d'un dossier pénal, ces informations peuvent alors être protégées, *per se*, comme des biens appartenant au domaine public¹⁶¹. Toutefois, en ne considérant que la finalité d'un tel procès, ces données premières permettent essentiellement, en second lieu, de démontrer qu'une autre information, ou tout autre objet de propriété, a été appropriée frauduleusement.

512 De la sorte, malgré sa provenance d'un bien corporel, dont elle va ainsi emprunter la forme (A), la preuve n'est rien de plus qu'une information, c'est-à-dire un bien incorporel (B).

A. La forme de la preuve : un bien corporel parfois frugifère

513 LES INTERETS DE LA MATIÈRE POUR LA PREUVE. – L'opportunisme probatoire conduit fréquemment, particulièrement en droit pénal, à la confusion entre un bien incorporel et son support de représentation. Ne serait ainsi un bien, au sens du droit de la répression, que ce qui, peu ou prou, peut être appréhendé physiquement. De la sorte, il n'y aurait jamais, selon une telle doctrine, soustraction d'une information ou détournement d'un numéro de carte de

¹⁶⁰ « Incarner » provient du latin *incarnare*, signifiant « dans la chair ».

¹⁶¹ En ce sens, C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2007, n^{os} 543 et s., p. 409 et s. – Le dossier pénal semble, lui-même, être un bien incorporel, plus précisément une universalité de fait. Son régime juridique est, en effet, véritablement unitaire, tout entier tourné vers un but unique : la recherche, puis la manifestation de la vérité judiciaire. Bien qu'ayant toutes une utilité propre, nécessairement confinée dans la connaissance ponctuelle que chacune autorise, les informations contenues au sein du dossier pénal ont en commun de toutes concourir à cette fin, qui ne peut, par là même, être atteinte qu'à travers leur regroupement. Ainsi, la nature juridique du dossier pénal apparaît clairement : il est une universalité de fait, un « ensemble de biens constitutif d'un [autre] bien » (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008, 3^{ème} éd., n^o 133, p. 204). Il semble même être, en raison des nombreuses règles du Code de procédure pénale qui régissent sa disposition, l'une des universalités les plus élaborées du droit français.

crédit, mais il y aurait alors plutôt vol d'une photocopie, ou abus de la confiance s'étant manifestée en la remise d'une autorisation de prélèvement¹⁶².

514 Il paraît, en effet, bien compréhensible que sous l'étendard de la légalité, on recherche la sécurité de la matérialité. Cependant, outre qu'une telle interprétation semble dénaturer la teneur de la plupart des solutions rendues par la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁶³, la définition de l'incrimination s'opère en considération d'un objet abstrait désignant une réalité évolutive. Dès lors, l'évolution concrète de cette dernière doit inéluctablement conduire à celle des éléments définis abstraitement. Or le bien, objet des infractions contre la propriété, ne se résume pas seulement aux corps ; le droit pénal se doit donc également de préserver les propriétés immatérielles¹⁶⁴.

515 Cela ne signifie pas pour autant que le droit pénal ignore les biens nécessaires, souvent matériels, à la vie et à la commercialité de telles propriétés. Protégés à ce titre comme des objets de propriété autonomes¹⁶⁵, leur existence essentiellement corporelle rend aussi la preuve d'une infraction contre la propriété du bien représenté plus aisée. Le droit pénal les considère donc selon deux formes d'utilité, bien que celles-ci tendent toutes deux vers la même fin : servir le bien représenté et, à travers lui, son propriétaire. Simplement, l'une est immédiate, permettant l'utilisation du bien sans corps malgré son incorporalité ; l'autre est en latence, ne se révélant que postérieurement à l'atteinte et concourant au rétablissement de la propriété. L'une sert à l'exercice du droit, l'autre à sa preuve.

516 Une infraction contre la propriété d'un bien incorporel peut, ainsi, nécessiter l'intervention cumulée de différents supports. Par exemple, le vol d'une information par le biais des techniques informatiques s'opère, dans sa forme la plus basique, par la copie des données sur une disquette ou sur un disque compact. Dans un tel cas, l'auteur utilise alors, pour parvenir à ses fins, un support qui, d'une part, contient l'information ou permet d'y accéder et, d'autre part, permet son enregistrement sur un autre support de stockage, externe et mobile. Ainsi, bien que ne détenant finalement que ce dernier après l'infraction, l'auteur n'en a pas moins manipulé, pour la commettre, deux objets matériels différents. Or, tous deux survivent à l'infraction et, au moins pour un temps, en conservent les traces. De même, si l'infraction n'implique en définitive qu'un seul support, celui-ci permettant à la fois de fixer et de

¹⁶² V. par ex. J. DEVEZE, « A propos de l'évolution des " délits contre les biens " », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 362 et s.

¹⁶³ V. par ex., à propos des appropriations frauduleuses d'informations, *supra*, n^{os} 384 et s.

¹⁶⁴ V. *supra*, n^{os} 121 et s.

¹⁶⁵ V. *supra*, n^{os} 408 et s.

mobiliser le bien représenté, il demeure en circulation au moins une preuve matérielle de l'acte délictueux.

517 Indépendamment de la forme exacte qu'emprunte l'un quelconque de ces supports, l'important réside dans la fonction que chacun d'eux remplit, au moins potentiellement, au sein de la recherche probatoire¹⁶⁶. Il ne s'agit donc pas encore d'aborder le rôle du contenu révélé par ce support, souvent une écriture, c'est-à-dire une forme d'information, mais plutôt de s'intéresser à ce qui autorise cette révélation, c'est-à-dire au support de représentation lui-même, et au rôle de ce dernier en matière de preuve. En effet, plus encore qu'en ce qui concerne la détermination de l'objet de propriété, sans doute parce que le droit de la preuve, particulièrement lorsque celle-ci est libre, est tout entier tourné vers sa finalité, la confusion est fréquente entre le support et l'information qu'il rend accessible. Il existe pourtant, en ce domaine, une nuance similaire à celle qui innerve le droit des propriétés immatérielles.

518 Le bien représentant, lorsqu'il est corporel, est nécessairement un meuble. Par conséquent, ce qui le caractérise n'est autre que le fruit de cette nature, qu'il convient alors simplement de considérer par référence aux impératifs probatoires classiques. Ainsi, la mobilité est un obstacle ; elle postule la disparition et la fragilité : « *le meuble est oiseau et liberté* »¹⁶⁷. En revanche, la matérialité est un atout précieux, qui suppose, tout à la fois, l'évidence et la résistance.

519 L'EVIDENCE ET LA RESISTANCE : L'INSCRIPTION DE LA MATIERE DANS L'ESPACE ET DANS LE TEMPS. – La matière est extériorisée et durable. Ces caractères facilitent alors, bien logiquement, la recherche de la preuve de l'infraction. A travers le support de représentation, il existe un résidu matériel de l'acte délictueux qui permet d'en entretenir le souvenir, au moins pour un temps. En effet, la matière est passive, toujours soumise aux agents qui en déterminent les mouvements. De la sorte, chaque animation de la matière est le produit d'un travail humain qui peut, la plupart du temps, être reconstitué. L'établissement d'une telle généalogie est, d'ailleurs, facilité par les progrès continus de la science, qui rend la certitude judiciaire de plus en plus objective. Toutefois, l'objet de la preuve n'est alors pas le bien représentant et ce qu'il a subi, mais encore l'infraction et son objet véritable : le bien représenté. L'existence du support et la reconstitution de ses manipulations ne sont donc que

¹⁶⁶ En ce sens, v. J. DEVEZE, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, coll. Thémis, PUF, 2001, n° 861, p. 591-592 : « *L'essentiel réside dans les fonctions que les formes sont censées remplir. Si la technique informatique permet d'obtenir un résultat équivalent, l'esprit du droit de la preuve est respecté et l'observance de sa lettre peut passer au second plan* ».

¹⁶⁷ J. CARBONNIER, *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 886, p. 1863.

des indices qui ne peuvent, en tant que tels, qu'au mieux concourir à la preuve de la commission de l'infraction. Ainsi, l'essentiel est ailleurs : la saisie du support est importante, avant tout pour ce qui se situe à l'intérieur, pour ce qu'il contient. Au-delà de leur nature corporelle, certains biens représentants peuvent, en effet, générer des fruits particuliers : les données.

520 L'ORDINATEUR, BIEN CONTENANT ET FRUGIFERE DE DONNEES. – L'utilisation probatoire, par le juge pénal, de tout objet matériel entretenant une relation quelconque avec une infraction renvoie naturellement à la procédure qui lui permet d'en avoir une connaissance directe : la saisie. La saisie d'un bien, généralement consécutive à une perquisition, est une opération dont la fin est double. En premier lieu, parce qu'il s'agit d'un acte probatoire potentiellement ou effectivement coercitif, la saisie ne se justifie que si elle est « *utile à la manifestation de la vérité* »¹⁶⁸. Ainsi, c'est en raison de l'utilité de l'objet pour la recherche probatoire que la saisie peut se produire, puis ses effets perdurer¹⁶⁹. En second lieu, un tel acte a pour fin la conservation des preuves en vue de leur production ultérieure devant le juge. Il s'agit donc de sauvegarder leur intégrité et d'assurer leur authenticité. Parmi les objets saisis, certains sont déjà suffisamment porteurs de sens et vont être utilisés immédiatement par le juge. D'autres, en revanche, nécessiteront une interprétation de sa part – au sens commun : donner un sens. D'autres enfin, ne seront saisis que pour l'information qu'ils contiennent.

521 Au sein de ces derniers figure expressément, depuis la loi du 21 juin 2004, le support physique de données informatiques, c'est-à-dire, la plupart du temps, un ordinateur¹⁷⁰. Celui-ci constitue, en effet, un système de traitement automatisé de données doté, notamment, d'une mémoire informatique¹⁷¹. Ainsi, il peut à la fois contenir et représenter des données créées à l'aide d'un autre système, et produire ses propres données, soit manuellement, après avoir été manipulé à cette fin, soit mécaniquement, car il enregistre, fût-ce pour un instant, des informations sur toutes les opérations qu'il effectue. En considération de ce dernier aspect, certainement l'un des plus précieux en matière de preuve, puisqu'il se déroule automatiquement, il est un bien frugifère. Sa saisie est tellement importante qu'elle justifie

¹⁶⁸ Art. 54, 56, 94 et 97 C. proc. pén.

¹⁶⁹ Art. 56, al. 7, C. proc. pén. : « *Avec l'accord du procureur de la République, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets, documents et données informatiques utiles à la manifestation de la vérité* » ; art. 97, al. 5, C. proc. pén. : *idem* avec l'accord du juge d'instruction.

¹⁷⁰ Loi n° 2004-575, « *pour la confiance dans l'économie numérique* » : v. art. 56, al. 5 et 6, C. proc. pén. et art. 97, al. 3 et 4, C. proc. pén.

¹⁷¹ V. *supra*, n°s 398 ; 462 et s.

une référence spéciale, pourtant en partie superfétatoire¹⁷², au sein des règles qui régissent une telle procédure. Dès lors, soit ce « *support physique* » est proprement saisi, étant ainsi placé provisoirement sous main de justice, soit il est immédiatement exploité afin qu'une copie des données utiles soit réalisée « *en présence des personnes qui assistent à la perquisition* »¹⁷³. De même, les enquêteurs peuvent n'utiliser l'ordinateur qu'afin d'accéder à des données stockées sur un autre système, puis copier ces informations sur un support quelconque, par la suite placé sous main de justice¹⁷⁴. Le bien corporel représentant, – en l'occurrence un ordinateur, mais c'est le cas aussi, par exemple, de tout document –, joue donc un rôle essentiel au sein de la recherche probatoire.

522 Cependant, l'on voit déjà que la saisie d'un tel bien est toute entière tournée vers son contenu, ou vers ce à quoi il autorise l'accès : des informations. Ainsi, c'est l'intégrité de ces dernières qui paraît seule compter en définitive puisque, une fois leur copie effectuée, il peut être procédé à l'effacement irrévocable des – autres – données figurant encore sur le support physique d'origine, celui-ci n'étant alors pas complètement préservé par l'opération¹⁷⁵. De même, l'ordinateur ne sera finalement saisi et, partant, protégé, qu'à la condition qu'il demeure l'unique support de stockage des données. De support en support, seule l'information demeure, car elle seule représente le véritable contenu de la preuve.

B. Le contenu de la preuve : une information, bien incorporel

523 DES INFORMATIONS ORIGINALES ; DES PREUVES SUPPLEMENTAIRES. – Au sein des éléments concourant à la preuve d'une infraction contre la propriété dotés de la plus forte valeur probante, se situe certainement la découverte d'un bien incorporel dans un support détenu par une personne qui n'en est pas le propriétaire. Cependant, outre que celle-ci ne suffit pas, en principe, à fonder une condamnation, le bien corporel qui autorise la représentation génère, parfois, des informations propres, qui sont également de nature à contribuer à la preuve. Ainsi, dans ce type de situation, engendré avant tout par la commission d'une infraction contre une propriété dont l'objet est incorporel, il existe ordinairement des éléments de

¹⁷² En ce sens, v. par ex. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 2008 (4^{ème} éd.), n° 775, p. 515 : « *La formule synthétique de " tous indices utiles à la manifestations de la vérité " pouvait éviter une énumération et... la lourdeur d'un texte qui ne révèle pas un esprit de synthèse acéré* ».

¹⁷³ Art. 56, al. 4. C. proc. pén. et art. 97, al. 3, C. proc. pén.

¹⁷⁴ Art. 57-1 C. proc. pén.

¹⁷⁵ Art. 56, al. 6, C. proc. pén. et art. 97, al. 4, C. proc. pén.

connaissance de l'infraction bruts qui, alors même qu'ils n'ont pas encore été l'objet d'une interprétation par le juge, sont déjà porteurs de sens.

524 Ces informations supplémentaires ne sont pas protégées par l'incrimination en cause ; elles ne sont pas l'information appropriée que pourrait être alors le bien incorporel. En revanche, en raison du rôle essentiel qu'elles sont amenées à jouer dans la recherche probatoire, elles constituent l'objet véritable des saisies, celles-ci portant prioritairement sur « *des papiers, documents ou données informatiques* »¹⁷⁶, c'est-à-dire soit sur des informations, soit sur des biens ne présentant d'intérêt qu'en ce qu'ils sont les supports de telles informations. L'existence concomitante ou successive, sur un même support, du bien représenté et d'informations de cette espèce est le propre de l'informatique. Des données informatiques sont ainsi produites par l'ordinateur qui a représenté le bien incorporel, puis contenues, au moins pour un temps, au sein de sa mémoire. Possédant tous les caractères des écrits informatiques, elles ne sont alors pas directement tangibles et intelligibles. Cependant, une fois le langage binaire qui les formalise fait chiffres et lettres directement significatives, ce à quoi tout ordinateur est essentiellement apte, la technique informatique permet notamment une datation automatique et sûre – une « horodation » – de toutes les opérations effectuées. Une telle possibilité, toujours essentielle pour prouver qu'une infraction a bien été commise et éventuellement utile pour connaître la loi pénale applicable, ne peut que rarement être offerte par un écrit traditionnel¹⁷⁷. L'intérêt des preuves d'origine informatique est donc patent, mais, afin que ces informations puissent être produites utilement devant le juge pénal, il faut nécessairement pouvoir garantir de leur intégrité. Il ne s'agit toutefois pas là, une fois de plus, d'une véritable spécificité.

525 DES INFORMATIONS INTEGRES. – Le principal problème réside dans le caractère volatil d'une certaine partie de ces données, celles-ci se perdant dès l'instant où l'ordinateur est privé de sa source énergétique. C'est, en effet, la particularité de la mémoire vive d'un système automatisé, parce qu'elle demeure continûment susceptible d'être écrite et lue, de ne pas posséder de caractère rémanent. Or, cette mémoire contient justement les données utilisées par l'ordinateur lors de leur traitement, c'est-à-dire les éléments permettant de retracer directement et infailliblement l'ensemble des opérations effectuées. Cependant, l'obstacle

¹⁷⁶ Art. 56 et 97 C. proc. pén., *passim*.

¹⁷⁷ En ce sens, v. J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 867, p. 596 : « *Les garanties intrinsèques offertes par la technique informatique sont incomparablement supérieures à celles de l'écriture et de la signature traditionnelles et l'on peut raisonnablement espérer que cet avantage ira en s'amplifiant* ».

n'est pas nécessairement dirimant. L'expertise informatique progressant parallèlement à son objet, il est notamment apparu que le disque dur d'un ordinateur n'était qu'une espèce moderne de palimpseste¹⁷⁸. Ainsi, comme autrefois on grattait l'encre afin de réutiliser un parchemin, on supprime aujourd'hui des données pour utiliser de nouveau l'espace alors libéré. Par corrélation, comme il fut finalement possible de restituer le texte d'origine à partir des parchemins, il est la plupart du temps possible de retrouver les données effacées au sein du disque dur. De la sorte, « *supprimer en informatique n'est pas forcément synonyme de rendre inexistant* »¹⁷⁹. Un processus de restauration permet, soit de récupérer des données effacées non encore corrompues¹⁸⁰, soit d'obtenir des informations importantes les concernant, qui pourront également être utilisées en tant que telles lors d'un procès pénal¹⁸¹. En définitive, seule la voie de la suppression physique, par exemple par l'utilisation d'un dégausseur pour démagnétiser le disque dur, rend toute recherche fatalement inefficace. Mais une telle suppression suppose, additionnées à un savoir-faire informatique, la conscience de l'auteur de l'infraction de l'existence d'une telle traçabilité, ainsi que sa volonté corrélative de dissimuler son méfait. C'est poser avec encore plus d'acuité la nécessité de l'intégrité des informations rapportées.

526 L'intégrité d'une information à teneur probatoire est garantie selon différents moyens. En amont, l'incrimination de faux réprime « *toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* »¹⁸². Ainsi, malgré sa nature principale d'« *atteinte à la confiance publique* », le faux peut certainement être le moyen de

¹⁷⁸ Voir A. SOREAU, « Suppression de données sur un ordinateur : voyage au pays des palimpsestes informatiques », *Expert. syst. inf.*, 2002, n° 263, p. 334-337.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 334.

¹⁸⁰ V. par ex. CA Douai, 21 mars 2002, *JurisData* n° 177654 : condamnation d'une personne pour importation, par le biais d'un réseau de télécommunication, d'images de mineurs présentant un caractère pornographique. Sont notamment utilisés, à titre de preuve, des traces de connexions conservées dans le fichier « *Temporary Internet Files* », le répertoire « *Cookies* » ainsi que le contenu de la corbeille.

¹⁸¹ V. par ex. CA Paris, 17 oct. 2001, *JurisData* n° 166534 : « *Considérant que [...] cependant les enquêteurs ont relevé la présence d'un fichier [...] et de deux répertoires supprimés [...] qui n'ont pu être « récupérés » mais que [le prévenu] conteste lui appartenir, dont il n'explique pas la présence sur le disque dur et dont il déclare ignorer le contenu ; que son ignorance déclarée du contenu de son ordinateur est d'autant moins crédible qu'il ne conteste pas que son épouse ne fait pas usage de son appareil ; considérant que la date de confection du fichier est contemporaine de la diffusion des prospectus* » ; et considérant quelques autres indices, le prévenu est coupable d'une atteinte pénale à la vie privée, telle qu'elle est posée et définie par l'article 226-1 du Code pénal.

¹⁸² Art. 441-1 C. pén.

commettre¹⁸³ ou de dissimuler une infraction contre la propriété. Dès lors, selon le but que poursuit finalement son auteur, le faux peut tout autant précéder que suivre l'atteinte portée à la propriété. Cependant, les informations produites par un support de représentation informatique n'apparaissant, bien logiquement, que de façon contemporaine à sa manipulation, c'est uniquement en terme de dissimulation qu'il faut raisonner. L'altération des données ainsi obtenues peut-elle être constitutive d'un faux ?

527 Le faux suppose un écrit ou un autre support d'expression de la pensée, quels qu'ils soient, ayant au moins potentiellement un intérêt probatoire. La preuve concernée peut donc, tout d'abord, être celle d'une infraction, c'est-à-dire qu'elle peut contribuer à démontrer l'existence ou l'absence d'un fait juridique infractionnel¹⁸⁴. De plus, son utilité pour la recherche de la vérité ne peut apparaître que tardivement, par exemple lors de la phase d'instruction. Ensuite, en ce qui concerne plus précisément l'objet falsifié, la largeur de la définition de l'incrimination ne semble exclure aucun type d'écriture, s'agirait-il alors de données informatiques. Toutefois, l'automaticité de l'enregistrement de telles données par l'ordinateur incite plutôt au « faux matériel », qui postule l'altération plutôt que l'invention, or l'absence d'intégrité qui caractérise ce type de faux ne prend tout son sens qu'à propos d'un objet au moins potentiellement intègre¹⁸⁵. L'informatique permet-elle vraiment d'assurer une telle intégrité ?

528 L'interrogation est récurrente en doctrine. De la possibilité constante de modifier ou d'effacer les données, certains auteurs déduisent qu'une telle écriture n'est intègre que lorsque existent des protections logicielles¹⁸⁶, et à condition que les informations « échappe[nt] à

¹⁸³ Un faux document peut, par exemple, déterminer quelqu'un à remettre un bien ; il y a alors escroquerie. Le concours d'infractions n'est pas idéal, donc la qualification est alternative : v. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 236, p. 130 ; *contra*, V. MALABAT, *Rép. pén. Dalloz*, V° Faux, n° 69, p. 15-16.

¹⁸⁴ V. Cass. crim., 6 déc. 1973, *Bull. crim.*, n° 455 : « [...] la production en justice, au cours d'une instance pénale, de la photocopie d'une fausse attestation, prétendument délivrée par la partie adverse, constitue un usage de faux lorsque le document ainsi versé aux débats est, comme il résulte des constatations des juges, de nature à avoir une valeur probatoire et à entraîner des effets juridiques ». Or, il ne peut y avoir usage de faux sans un faux préalable ; un faux a donc également été caractérisé en l'espèce. V. ainsi, par ex., CA Rouen, 30 mars 2000, *JurisData* n° 131340 : est reconnu coupable de faux le gendarme qui rédige un rapport de police donnant une version fautive de faits constitutifs d'une infraction, en l'occurrence des violences involontaires exercées par l'un de ses collègues dans l'exercice de ses fonctions. – Il existe d'ailleurs, au sein du Code de procédure pénale, une procédure incidente d'inscription de faux, permettant à l'une quelconque des parties en cause dans une instance pénale, d'alléguer que l'une des pièces de la procédure est fautive. La juridiction pénale peut alors décider, soit de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur le faux, soit de statuer incidemment sur le caractère de la pièce prétendue entachée de faux : v. art. 646 et s. C. proc. pén.

¹⁸⁵ En ce sens, v. V. MALABAT, *op. cit.*, n° 31, *in fine*, p. 8. – Il faudrait peut-être alors parler de « faux immatériel », mais pas de « faux intellectuel » ; il s'agit ici de retrancher ou de modifier, pas d'ajouter.

¹⁸⁶ J. DEVEZE, *op. cit.*, n° 866, p. 595 ; P. ROMAN, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 441-1 à 441-12, fasc. 10, « Faux », n° 19, p. 6.

l'informatique en temps réel qui est notamment celle de l'internet »¹⁸⁷. L'intégrité pose, en effet, le problème de la conservation des informations. Pourtant, indépendamment même de la mise en oeuvre d'un cryptage des données, certes envisageable techniquement, il existe une différence notable de degré entre le caractère éphémère d'une écriture sur le sable et le caractère conditionnellement provisoire de l'écriture informatique. De plus, si cette dernière finit fatalement par disparaître, – n'est-ce pas le cas, malgré l'adage, de l'immense majorité des écrits ? – elle n'en laisse pas moins des traces permettant parfois de la reconstituer, ainsi que de connaître les modifications qu'elle a subies¹⁸⁸. Si l'on ajoute à cela que, désormais, à travers tout « *autre support d'expression de la pensée* », la parole enregistrée peut être falsifiée sur un double fondement, l'enregistrement constituant déjà une forme d'écriture, il appert que le législateur n'a pas vraiment souhaité restreindre le champ d'application de l'incrimination. Il semble donc qu'il faille, – mais qu'il suffise –, que l'altération d'une information puisse être constatée pour que la preuve de sa falsification puisse être apportée.

529 Enfin, mais le constat est alors général, l'exigence de préjudice posée par l'article 441-1 du Code pénal apparaît presque comme une tautologie. Infraction contre « *la Nation, l'Etat et la paix publique* », le faux cause automatiquement un préjudice au système juridique et à ce qui le fonde, puisqu'il suppose que son auteur en détourne les règles de preuve. Ce « *préjudice de droit* » n'est donc rien de plus que l'atteinte à la valeur protégée par l'incrimination, en l'occurrence la confiance publique, et son autonomisation juridique apparaît ainsi inutile, du moins à un tel titre¹⁸⁹. Dès lors, le préjudice posé par le texte doit être, malgré la place de ce dernier au sein du Code pénal, entendu classiquement comme la conséquence d'un dommage sur une personne déterminée¹⁹⁰. Pourtant, là encore, même si l'incrimination ne fait référence qu'à son éventualité, ce préjudice paraît se déduire de la valeur probatoire du faux¹⁹¹. En effet,

¹⁸⁷ X. LINANT DE BELLEFONDS, *L'informatique et le droit*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1998 (4^{ème} éd.), p. 52.

¹⁸⁸ Comp. V. MALABAT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *Pour que l'on puisse parler de faux matériel sur un support informatique, il faut [...] que ce support garde la trace de la modification, de l'altération de son contenu, ce qui peut parfois être révélé par des techniques permettant de retracer l'historique d'un document informatique* ».

¹⁸⁹ La prise en compte de l'intérêt protégé joue en revanche un rôle fondamental dans la détermination de l'objet du faux. Cependant, il ne s'agit alors que du constat appliqué d'un principe plus général : v. *supra*, n^{os} 15 et s., et 170-171. En ce sens, v. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 48 : « *la notion d'atteinte à la foi publique en tant qu'élément direct du préjudice causé par le faux, appelle des précisions, et elle est le siège de controverses. Or, son importance est primordiale. D'elle dépend, en effet, la définition du document, c'est-à-dire de l'objet du faux [...]* ».

¹⁹⁰ V. *infra*, n^{os} 705-706.

¹⁹¹ *Contra*, V. MALABAT, *op. cit.*, n^o 50, p. 12 : à propos des « *documents de hasard* », c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été créés pour valoir preuve mais qui vont quand même servir de preuve, donc des documents les plus utiles à la preuve d'une infraction, l'auteur précise qu'« *on pourrait même prétendre que le juge pénal va jusqu'à inverser son raisonnement [...] et déduit leur valeur probatoire de leur aptitude à pouvoir entraîner un préjudice* ».

si un requérant produit une preuve fautive lors d'un procès, la partie adverse, qu'il s'agisse du Ministère public, de la victime ou des deux, est nécessairement préjudiciée en ce que ses prétentions sont frauduleusement affaiblies, d'une part, et en ce qu'elle peut à terme perdre le procès, d'autre part. Cependant, condition textuelle, le préjudice n'en doit pas moins être constaté par le juge pénal¹⁹². Quoi qu'il en soit finalement de ce point, rien ne semble en tout cas s'opposer à ce que le faux protège, en amont, l'intégrité des données informatiques.

530 Il ne reste qu'à ajouter que l'incrimination d'atteinte à un système de traitement automatisé de données s'avère également apte à fonder la condamnation de celui qui supprime ou modifie frauduleusement les données qu'il contient¹⁹³. Toutefois, le champ d'application du texte est alors plus restreint qu'il ne paraît : les données concernées sont uniquement celles qui concourent au fonctionnement du système, c'est-à-dire principalement, pour un ordinateur, celles qui sont contenues dans sa mémoire morte¹⁹⁴. Il n'empêche qu'il n'est pas inconcevable que l'auteur de l'infraction soit obligé de modifier de telles données pour parvenir à dissimuler son infraction. Mais, en cas de concours avec l'infraction de faux, c'est une fois de plus, en raison de la véritable fin poursuivie par l'auteur, la qualification d'atteinte au système qui semble devoir être écartée¹⁹⁵.

531 En aval, le législateur a, au sein du Code de procédure pénale, posé des règles propres à la saisie des données informatiques¹⁹⁶. Il s'agit alors d'être sûr que le contenu saisi reste bien conforme à ce qui se trouvait vraiment dans l'ordinateur postérieurement à l'infraction, ce qui peut permettre, soit de constater et de recueillir les preuves de nature informatique, soit de constater leur altération frauduleuse. Ainsi, outre le placement sous scellés du support contenant les données, opération la plus courante en ce domaine¹⁹⁷, il peut être procédé à une

¹⁹² V. Cass. crim., 19 fév. 1964, *Bull. crim.*, n° 60 : « les juges d'appel ont omis de préciser en quoi et à qui un tel document était susceptible de causer un préjudice, alors que ce préjudice ne résulte pas de la nature même du document incriminé et qu'il n'était pas affirmé que ce registre était un des livres dont la tenue est prescrite par la loi ».

¹⁹³ Art. 323-3 C. pén. ; mais aussi art. 323-2 C. pén.

¹⁹⁴ Comp. Cass. crim., 8 déc. 1999, *Bull. crim.*, n° 296 : condamnation du prévenu, car il « a modifié des données qui avaient été enregistrées de manière définitive dans le système automatisé de comptabilité dont il avait la charge » (nous soulignons). Ainsi, c'est parce que l'ensemble de la comptabilité a finalement été faussé par la modification que le prévenu est reconnu coupable de l'infraction.

¹⁹⁵ V. par ex. Cass. crim., 24 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 24 : « dès lors que les décomptes de remboursement informatisés, établis à partir des données erronées introduites dans le système de traitement automatisé de la Mifco, constituent des documents faisant titre entrant dans les prévisions de l'article 441-1 du Code pénal, la cour d'appel a caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont elle a déclaré la prévenue coupable », en l'occurrence le faux et l'abus de confiance. – Comp. *supra*, n° 398.

¹⁹⁶ Art. 56, al. 5 et 6, C. proc. pén., et art. 97, al. 3 et 4, C. proc. pén.

¹⁹⁷ Voir P. ROUSSEL, « L'influence de l'informatique sur l'administration de la preuve pénale », *Comm. com. électr.*, 2005, étude n° 43, p. 25-26, n° 8.

copie des données, à condition que celle-ci soit « *réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition* », c'est-à-dire qu'il soit assuré que la copie n'a pas porté atteinte à leur intégrité. La copie est ensuite, en tant que nouveau support des données informatiques, placée sous scellés.

532 Les informations ainsi recueillies font désormais partie du dossier pénal, et sont alors protégées à ce titre. Leur intégration dans ce dossier précisément contribue également, plus fondamentalement encore, à leur intégrité.

533 CONCLUSION : L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES, L'INTIME CONVICTION ET LA PRESOMPTION D'INNOCENCE. – En complément de ces considérations essentiellement théoriques, il ne faut bien sûr pas oublier les caractères résolument pratique et pragmatique des règles de preuve. Le Ministère public joue également un rôle régulateur lorsqu'il apprécie l'opportunité des poursuites, c'est-à-dire lorsque, après avoir examiné et qualifié les faits, puis recherché si l'action publique s'avère recevable, il choisit la réponse la plus adaptée. De même, le juge pénal n'est lié que par la raison, ou du moins celle-ci doit-elle ressortir de ses motivations, lorsqu'il constate que la présomption d'innocence manque finalement de pertinence. Ce n'est alors qu'entre ces deux présomptions de l'homme que la loi s'applique de façon automatique. Toutefois, en conformité avec l'esprit même qui a originellement conduit à l'adoption d'un principe de légalité, c'est en faveur de l'homme que jouent, tout au long du procès pénal, la présomption de la loi et ses nombreux corollaires. En conséquence, l'applicabilité parfaite des incriminations protectrices de la propriété à des objets sans corps n'est ni une remise en cause technique du principe de légalité et de son corollaire, l'interprétation stricte, ni une négation politique de ce principe fondamental ; elle est une faculté répressive en phase avec la réalité moderne de l'appropriation, ainsi que le meilleur moyen d'éviter une hypertrophie législative, péril contemporain bien plus ardent pour les libertés. De surcroît, la réception pénale des biens incorporels, par les nombreuses interrogations qu'elle suscite, conduit, à condition de poursuivre l'analyse jusqu'à son terme, à une meilleure connaissance des mécanismes répressifs, facteur supplémentaire de sécurité juridique.

534 CONCLUSION DU CHAPITRE 2. – L'incorporalité juridique étant, la plupart du temps, une incorporalité compensée, elle ne semble pas représenter un véritable obstacle pour la

répression. L'impossibilité de saisir et de situer intrinsèquement certains biens est effectivement, en droit pénal, contrebalancée par au moins deux phénomènes : d'une part, l'analyse révèle que les règles générales, qui ont vocation à régir l'ensemble des biens, s'appliquent selon des modalités similaires pour les choses corporelles et pour les choses incorporelles ; d'autre part, la mise en place du réseau de biens que nécessite, presque inéluctablement, l'appréhension juridique de chaque bien incorporel, facilite l'application de ces règles communes, par la possibilité qu'elle offre d'éclairer et de retracer, de façon extrinsèque, le parcours de ce dernier bien.

535 Dans un premier temps, lorsque se pose la question de l'applicabilité de la loi française aux infractions contre les propriétés incorporelles, il appert que le fait constitutif localisateur est susceptible d'emprunter une forme immatérielle. La cause factuelle et l'effet juridique de l'infraction, éléments que l'analyse structurelle de l'infraction révèle comme étant de nature à situer cette dernière, peuvent constituer des événements essentiellement abstraits, par exemple une manipulation informatique et le transfert de fonds qui en résulte. Ce que la théorie autorise alors, non seulement, n'est pas contredit par la pratique, mais surtout, se trouve renforcé par celle-ci : les supports de représentation auxquels le bien incorporel recourt, pour apparaître et circuler, peuvent, en effet, aider à localiser l'atteinte pénale qu'il subit, tant activement que passivement. Au-delà, le bien incorporel lui-même se pose, pour le moins, comme le moyen de discriminer les véritables éléments localisateurs et, pour le mieux, comme un élément localisateur potentiel. Cette autre appréhension du bien permettrait seule d'opérer un positionnement proprement juridique de l'infraction, particulièrement opportun lorsqu'il s'agirait de pallier l'ubiquité des biens incorporels.

536 Dans un second temps, celui de l'application de la loi pénale, il apparaît qu'il est parfaitement possible d'apporter la preuve de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel. L'élément dématérialisé à démontrer doit l'être selon une méthode connue et maîtrisée : d'abord, il faut apporter la preuve de l'existence du bien protégé ; ensuite, il faut s'intéresser à celle du comportement incriminé. Concernant la première, il s'agit surtout de distinguer le bien incorporel de ses différents supports, à travers l'examen de leurs utilités respectives. La preuve subséquente de son appropriation, bien que spécifique, ne s'avère alors pas plus compliquée : tout au plus nécessite-t-elle d'admettre, à l'instar du juge pénal, que la création, principalement, constitue un mode général d'acquisition originaire de la propriété. Pour la seconde, il faut, très classiquement, procéder par induction, en recherchant la matérialité où elle se trouve. En somme, prévaut donc l'orthodoxie, d'autant plus que l'intervention des

supports de représentation du bien incorporel est de nature à fournir des informations probatoires spécifiques, dont la saisie et l'intégrité sont assurées, à différents stades, par le Code pénal et par le Code de procédure pénale.

Conclusion du titre II

537 UN ABOUTISSEMENT POSSIBLE : L'IMPORTANCE DES SUPPORTS DE REPRÉSENTATION DES

BIENS INCORPORELS. – Le système pénal semble, exhaustivement et absolument, apte à recevoir les biens incorporels. La prise en compte de ces derniers par le droit pénal ne peut, effectivement, trouver un aboutissement que dans leur confrontation réussie avec l'ensemble des mécanismes d'application de la répression. Au-delà, l'apport mutuel du droit pénal pour l'immatériel et de l'immatériel pour le droit pénal démontre que leur relation n'est pas feinte ; elle représente, au contraire, un produit de la réalité qu'il convient donc, comme tel, d'analyser.

538 La réception pénale des biens incorporels s'opère d'abord malgré le phénomène de valorisation, paroxysme de la dématérialisation. Ce processus inexorable, qui conduit à faire d'une valeur un bien et d'un bien une valeur, a été parfaitement intégré par le droit pénal. D'une part, en effet, le droit répressif participe à la constatation puis à la consécration juridique des valeurs comme biens, qu'elles soient d'usage ou d'échange, utiles immédiatement et intrinsèquement, ou prospectivement et extrinsèquement. Assumant cet amalgame, il les préserve identiquement, par le mécanisme de la propriété, autorisant par là même la restitution du processus de réification d'une valeur : la valeur d'usage d'une chose qui, parfois, n'emprunte la forme que de son utilité économique, représente la cause unique de son appropriation, celle-ci la dotant d'une valeur objective, par la force du droit, notamment pénal ; sa véritable valeur d'échange n'apparaît, quant à elle, que postérieurement à l'appropriation, et permet, par l'interchangeabilité qu'elle instaure entre la plupart des biens, une prise en compte homogène des valeurs. D'autre part, mais consécutivement, le droit répressif perçoit en chaque bien une valeur, pouvant alors utiliser les techniques de la valeur, par exemple la subrogation réelle, tant en faveur de sa politique que de sa mise en œuvre.

539 Bien en soi, la valeur n'en reste pas moins soumise à la nécessité, afin d'apparaître et de circuler, de l'intervention d'un réseau de biens. L'analyse de leur relation, à travers l'examen

des appropriations frauduleuses d'informations, démontre, outre l'indépendance entre la valeur préservée et ses supports, que ceux-ci entretiennent avec celle-là un rapport fictif de représentation. Mais il ne s'agit alors que qu'aménager la réalité, cette fiction devant donc être privilégiée, malgré ses inconvénients, principalement la multiplication des supports qu'elle implique parfois, à celle de la mobilisation des biens incorporels, qui supprime la réalité. L'encadrement des mouvements de valeur par le droit pénal n'en ressort que mieux garanti, puisque les supports, corporels ou incorporels, bénéficient ainsi d'une protection propre, qui complète celle de la valeur, reconnaissance sans doute de leur utilité extrinsèque dans l'apparition, la circulation et la preuve de cette dernière.

540 La réception pénale des biens immatériels s'opère, ensuite, malgré leur incorporalité. Susceptible de paralyser la localisation et la preuve de l'infraction, principalement, l'impossibilité intrinsèque de saisir et de situer un bien sans corps est cependant contrebalancée, extrinsèquement, par l'intervention nécessaire des biens qui assurent sa représentation lors de son appréhension juridique. Ainsi, en premier lieu, il est envisageable de constater l'applicabilité de la loi pénale française à une infraction contre une propriété incorporelle par la simple utilisation d'un élément localisateur immatériel, pour une double raison. Premièrement, les éléments que l'analyse structurelle de l'infraction révèle comme étant de nature à situer cette dernière, c'est-à-dire sa cause factuelle et son effet juridique, peuvent constituer des événements plus intellectuels que matériels, par exemple une manipulation informatique et le transfert de fonds qui en résulte. Deuxièmement, ce caractère abstrait est généralement compensé par toutes les résurgences de matérialité que cause la mobilisation des supports de représentation du bien incorporel. Il est alors possible, par ce biais, de localiser l'atteinte pénale et son résultat. A cette même fin, le bien incorporel lui-même peut jouer un rôle inattendu : permettant, par sa position stratégique au sein de l'élément matériel, de reconnaître les faits constitutifs de l'infraction, il semble même pouvoir être considéré comme un élément localisateur en soi, qui permettrait alors un positionnement proprement juridique de l'infraction, capable de contrer l'ubiquité ontologique des biens incorporels.

541 En second lieu, au stade de l'application de la loi pénale, après avoir procédé à la distinction du bien incorporel de ses supports, par l'examen de leurs utilités respectives et, par là même, avoir démontré l'existence de ces différents biens, le juge pénal doit s'interroger sur leur appropriation, recourant pour cela aux différents modes, légaux ou prétoriens, d'acquisition de la propriété. Exception faite de la généralisation de l'un de ces derniers, la création, en

raison principalement de sa parfaite adaptation à l'immatériel, la recherche probatoire en matière d'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel ne comporte alors aucune véritable spécificité. Même lorsqu'il s'agit, par la suite, de démontrer l'existence du comportement incriminé, il s'avère que la preuve est finalement facilitée par l'intervention inéluctable des supports de représentation du bien incorporel. Ceux-ci produisent, en effet, des informations supplémentaires, dont la capture et l'intégrité, garanties par le système pénal, autorisent plus aisément la manifestation de la vérité judiciaire. De la sorte, la loi pénale peut sans nul doute s'appliquer aux biens incorporels.

542 UN ABOUTISSEMENT PROFITABLE AU SYSTEME PENAL : LA VERTU HEURISTIQUE DE LA DEMATERIALISATION. – Comme l'a déjà révélé, par exemple, l'étude de l'application de la loi dans l'espace lorsqu'un bien incorporel est en cause, l'épreuve que constitue, pour le système pénal, la réception de tels biens, oblige à une analyse rigoureuse des différents mécanismes répressifs, de nature, notamment, à faciliter leur compréhension. La dématérialisation des biens a ainsi, en droit pénal, une vertu heuristique.

Conclusion de la 1^{ère} partie

543 LA RECEPTION SYSTEMATIQUE DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LA THEORIE DE L'INFRACTION. – A ce stade de l'étude, il apparaît que, ayant pour fondement spécial l'une quelconque des incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété, le processus pénal conduisant à la sanction de l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel est susceptible de s'opérer de bout en bout. En effet, l'examen des éléments constitutifs de ces incriminations a d'abord révélé que, non seulement, le bien représentait une partie de la légalité et de la matérialité de chacune d'entre elles, mais surtout, que rien n'imposait, dans ces deux cadres, qu'il soit exclusivement perçu comme une chose corporelle. D'une part, l'épistémologie de la notion de bien démontre que celle-ci a vocation, en droit pénal comme ailleurs, à désigner toute la réalité de l'appropriation, et non à la restreindre arbitrairement ; d'autre part, l'aptitude de la plupart des comportements nécessaires à la constitution des infractions contre la propriété à s'appliquer aux biens incorporels n'incite pas, non plus, à la restriction. Par exemple, un bien immatériel peut, sans véritable difficulté, être remis, puis détourné. De façon plus polémique, du moins pour le moment, rien ne semble s'opposer, de façon déterminante, à ce qu'il puisse également être soustrait, fût-ce par le truchement d'un comportement alors plus intellectuel que matériel. Ensuite, l'étude systématique de ces incriminations a révélé l'existence d'une directive d'interprétation légale allant précisément dans le sens de l'ouverture des infractions contre la propriété aux biens incorporels. Le législateur, en incriminant la commission ou l'omission de certaines actions de la part des dirigeants de sociétés données, a effectivement usé de la notion de bien la plus large, imposant ainsi une définition compréhensive de l'objet de propriété à l'ensemble des interprètes du droit pénal. En posant, en matière d'abus de confiance, qu'un bien quelconque ne désigne pas seulement une chose corporelle, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a fait que répondre à cet appel, démontrant, par là même, que la notion de bien ne diffère pas en fonction du contexte dans lequel elle s'inscrit.

544 Dans la lignée de ces prémices systématiques, en sus de la question de l'interprétation, d'autres problèmes se rapportant à la matière pénale générale devaient être abordés. Principalement, certains caractères des choses incorporelles paraissent de nature à paralyser leur localisation et leur preuve, de même que celles des actes incriminés dont elles ont

vocation à constituer l'objet. De la sorte, l'application de la loi pénale ne pourrait, en ce qui les concerne, parfaitement s'opérer.

545 A l'analyse, il semble qu'il n'en soit rien : même si, comme le démontre notamment l'étude de la jurisprudence en matière d'appropriation frauduleuse des informations, un bien incorporel doit être distingué de ses supports de représentation, matériels et immatériels, celui-là est rarement appréhendé indépendamment de ceux-ci. Leur intervention est, en effet, nécessaire à son apparition et à sa circulation, cette utilité justifiant une appropriation propre, sanctionnée par le droit pénal, mais qui ne doit pas, pour autant, être confondue avec celle du bien incorporel. En revanche, l'ubiquité et l'incorporalité intrinsèques de ce dernier se trouvent, ainsi, compensées extrinsèquement : les supports constituent, pour le moins, des référents majoritairement matériels, employables tant pour situer le bien incorporel et les manipulations dont il a fait l'objet, que pour les démontrer, et, pour le mieux, des producteurs d'informations, dont l'utilisation peut, à ces mêmes fins, s'avérer des plus précieuses. A cela s'ajoute qu'il n'est, de surcroît, pas impossible de concevoir une localisation exclusivement juridique de l'infraction, pour laquelle le bien lui-même, particulièrement lorsqu'il est incorporel, serait susceptible de jouer un rôle important.

546 DE LA RECEPTION A LA CONTRIBUTION : UNE RELATION BILATERALE A DIFFERENTS TITRES.

– Participant, comme le démontre ce dernier exemple, à l'évolution du système juridique pénal, la dématérialisation des biens contribue également à son explication. Le lien qu'ils entretiennent ne doit pas, effectivement, être perçu dans un sens unique. Ainsi, quelques manifestations de bilatéralité ont déjà pu être soulignées. La valorisation des biens, essentiellement, qui fait de chacun d'eux une valeur au moins potentielle, est utile à la répression, autant que cette dernière la nourrit, l'entretient et l'éclaire. L'utilisation des techniques de la valeur par le droit pénal, par exemple la fongibilité et la subrogation réelle, représente, non seulement, un gage d'efficacité de sa politique et de sa mise en œuvre, mais surtout, un révélateur de ses aptitudes, ainsi que de la signification de certains de ses mécanismes fondamentaux. Cette vertu heuristique de l'immatériel ne semble pas devoir se limiter à cela. Il apparaît, en effet, que l'épreuve que constitue la dématérialisation des biens pour le système pénal qui la reçoit est de nature à permettre de retracer, avec précision, l'entier chemin qui conduit de la détermination d'une incrimination en faveur de la propriété, à sa mise en œuvre par le juge pénal.

Seconde partie

La contribution de la dématérialisation des biens à l'étude des infractions contre la propriété

547 LA VERTU REVELATRICE DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS EN DROIT PENAL. – Le processus répressif, qui conduit de la détermination d'un interdit à l'exécution de sa peine par celui qui l'a enfreint, nécessite la mise en œuvre ordonnée de nombreux mécanismes, plus ou moins étudiés par la doctrine pénaliste. A ce sujet, la réception pénale des biens incorporels a déjà pu révéler qu'il fallait sans doute, au sein de la liste habituellement dressée par les auteurs, inscrire d'autres notions, dont l'appréhension par les interprètes a, jusque-là, paru plus intuitive que systématique. La notion de « bien », par exemple, constitue une part, tant des incriminations dont la cause réside dans la défense de la propriété, que des infractions qui y correspondent¹. Dans une optique similaire, en obligeant à l'analyse, à son aune, de certaines notions de nature infractionnelle, qu'il s'agisse de la « remise », du « détournement », de « la soustraction », ou encore des « faits constitutifs »², la dématérialisation des biens a contribué à la révélation, à la fois, de leur véritable signification et de leur nature juridique.

548 Cette vertu heuristique de l'immatériel n'apparaît, d'abord, pas propre au droit pénal, preuve vraisemblable de son caractère structurel. Parmi d'autres, un auteur a ainsi pu souligner que, grâce à la dématérialisation et en ce qui concerne la notion de « saisie », « l'instant de raison qui a permis l'extension métaphorique de la saisie n'a fait que révéler l'analogie profonde qui existe entre la saisie d'un bien matériel et la saisie d'un bien immatériel »³. Ce « recentrage de la définition » a alors autorisé, principalement, une distinction enfin claire entre la notion de « saisie » et son régime⁴. Comme le précise ce même auteur, un tel raisonnement « est applicable à de multiples domaines »⁵. Dès lors, à l'instar de l'exemple

¹ V. *supra*, n^{os} 13 et s.

² V. *supra*, 1^{ère} partie.

³ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 70. Nous soulignons.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibid.*, p. 70-71 : « Le virement bancaire peut être considéré comme une véritable remise formant le prêt ou un véritable don manuel, parce que l'ensemble de ces opérations ne réside pas dans la matérialité du transfert, mais dans l'opération de dessaisissement elle-même. Semblable réflexion s'applique au gage portant sur des biens immatériels, qui peut s'analyser comme une autre forme de dessaisissement, même si celui-ci n'a pas une

retenu, finalement très proche de celui de la « soustraction », le droit pénal de la propriété se présente, ensuite, comme un terrain d'élection pour les révélations attachées à la prise en compte des biens incorporels : d'une part, l'étude du droit pénal est-elle encore, singulièrement lorsqu'il s'agit de se focaliser sur l'un de ses domaines, relativement délaissée⁶ ; d'autre part, « toutes les fois que le mécanisme essentiel désigné par un concept peut être simultanément reconstruit et dévoilé au contact des réalités immatérielles, il n'est nul besoin de créer des concepts nouveaux »⁷, ce qui est facteur de sécurité juridique.

549 L'OBJET DE LA REVELATION : LA PROTECTION PENALE DE LA PROPRIETE. – Le système de protection pénale de la propriété paraît pourtant maîtrisé. Comme le démontrent, dès leurs intitulés⁸, les principaux travaux consacrés au sujet, il semble acquis, en effet, que l'objet de cet ensemble de règles, voire sa cause, soit de préserver le patrimoine. A cette fin, outre que l'étude de la dématérialisation des biens constituerait, désormais, un incontournable, celle du préjudice, par exemple, se poserait, en contraste, comme étant de plus en plus inutile⁹. Il faudrait également, selon ces auteurs, presque paradoxalement, se garder d'entretenir une conception trop compréhensive de la notion de « bien », celle-ci devant se limiter à désigner les choses appropriées dotées d'une valeur pécuniaire, bref les éléments patrimoniaux. Que reste-t-il, à ces conditions, de l'apport de la dématérialisation ?

550 En premier lieu, celle-ci participe à révéler certaines contradictions du système lui-même : comment, alors que le juge pénal a interprété certaines incriminations comme étant aptes à recevoir les biens incorporels, peut-il encore refuser une protection similaire aux immeubles¹⁰ ? Comment expliquer, dans le cadre de l'abus de confiance, son analyse restrictive de la précarité, à l'heure de la fiducie, c'est-à-dire de la consécration juridique de la notion intellectuelle de « patrimoine d'affectation » ? En second lieu, la dématérialisation révèle tout autant les contradictions de la doctrine pénaliste. Pourquoi ne pas tirer toutes les conséquences qu'impose la considération de la jurisprudence envers certains biens incorporels

dimension matérielle [...]. Plus avant dans l'abstraction, on pourra aussi estimer qu'un site informatique est un " domicile " s'il constitue effectivement un lieu où se localise l'intimité de la personne ».

⁶ V. toutefois, ces dernières années, D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2005 ; L. EYRIGNAC, *La protection pénale du patrimoine de la société*, coll. des thèses, vol. 12, Fondation Varenne, LGDJ, 2007 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, thèse, Bordeaux IV, 2008.

⁷ D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 71.

⁸ V. *supra*, note n° 6 : le refus, par ces auteurs, d'intituler leur thèse « La protection pénale de la propriété » est déjà, en soi, particulièrement significatif.

⁹ Voir Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 807 et s.

¹⁰ V., encore dernièrement, Cass. crim., 14 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-83707 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 65, obs. M. VERON ; *JCP G.*, 2009, 166, note G. BEAUSSONIE.

extrapatrimoniaux, voire extracommerciaux ? Comment ne pas constater que, lorsqu'il est question d'immatériel, le préjudice joue, tant substantiellement que procéduralement, un rôle accru, qu'il convient alors d'examiner ? Surtout, pourquoi ne pas utiliser la vague incorporelle pour, enfin, définir la fonction précise du droit pénal en matière de propriété et, par là même, déterminer ses relations avec le droit civil des biens ?

551 L'ORDRE IMPOSE DE LA REVELATION : DE LA DIALECTIQUE A L'INDUCTION. – La dialectique vers laquelle portent, inéluctablement, les réponses à toutes ces questions, n'apparaît pas de nature à faciliter leur exposé. Elle ne représente, en effet, qu'un second degré d'analyse dont l'objet est d'améliorer la connaissance de ce qui, au préalable, a au moins été perçu. Il semble donc falloir, pour le moment, se contenter de construire une antithèse, dont la confrontation avec la thèse classique nourrira peut-être, ultérieurement, une telle démarche. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il ne soit pas nécessaire, pour cela, de respecter un ordre logique. Les éléments qu'il s'agit en l'occurrence d'ordonner ont vocation à s'inscrire dans un système. Ce dernier constituant « *la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières* »¹¹, l'ordre qui s'impose alors paraît simplement tributaire d'une causalité. Toutefois, parce qu'elle repose sur une interprétation, plutôt que sur une démonstration au sens strict, l'inférence dont il est question ne peut prendre la forme que d'une induction, c'est-à-dire d'« *une sorte d'analyse où l'on va des effets à la cause* »¹². Ce raisonnement, bien connu des juristes, a de plus pour avantage, contrairement à la déduction, de ne pas produire un résultat tautologique, donc de ne pas faire perdre l'intérêt de l'étude des conséquences.

552 Ainsi, l'examen de l'apport de la dématérialisation des biens à la détermination de l'effet des infractions contre la propriété (**Titre I**) semble devoir précéder celui de son apport à la détermination de la cause des incriminations en faveur de la propriété (**Titre II**).

TITRE I : L'APPORT A LA DETERMINATION DE L'EFFET DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE

TITRE II : L'APPORT A LA DETERMINATION DE LA CAUSE DES INCRIMINATIONS EN FAVEUR DE LA PROPRIETE

¹¹ E.-B. DE CONDILLAC, *Traité des systèmes*, in *Œuvres complètes de Condillac*, t. II, Lecoq et Durey, Tourneux, Paris, 1822, p. 1.

¹² Littré, V^o Induction.

Titre I

L'apport à la détermination de l'effet des infractions contre la propriété

553 LES EFFETS DE L'INFRACTION : DOMMAGE ET PREJUDICE EN DROIT PENAL. – Classiquement, le fait juridique infractionnel provoque deux effets : un dommage et un préjudice¹. Le dommage, « *fait brut originare* »², représente l'atteinte concrète, immédiate et objective subie, du fait de l'infraction, par un substratum prédéfini lors de l'opération d'incrimination. Ainsi, en droit pénal de la propriété, le dommage emprunte-t-il nécessairement la forme de la fin de l'intégrité, matérielle ou juridique, d'un bien, corporel ou incorporel. Le préjudice constitue, quant à lui, la conséquence d'un tel dommage sur le ou les bénéficiaires de la protection pénale, qu'il s'agisse alors de la société, qui l'éprouve à chaque infraction, ou d'une victime pénale autre, qui l'éprouve parfois en sus de la collectivité. De nature exclusivement juridique, le préjudice se conçoit tout autant concrètement, lorsqu'il se réalise, qu'abstraitement, lorsqu'il ne s'agit encore que de l'éviter.

554 Contrairement au préjudice, le dommage n'est cependant pas un élément constant de la répression : non seulement, il peut se développer en dehors de toute forme de droit, mais surtout, le droit pénal comporte la faculté de s'accomplir sans lui. Par conséquent, la vertu essentielle de la notion de « dommage » en droit pénal est, contre toute attente, plus abstraite que concrète : elle permet de démontrer qu'il existe, en ce domaine, un véritable lien entre les notions de « bien » et de « préjudice », respectivement objet et effet du dommage. Or, bien que ne semblant concerner que la première, la dématérialisation a, en réalité, de notables répercussions sur la seconde.

555 LES OBJETS DU DOMMAGE : PATRIMOINE OU BIEN EN DROIT PENAL. – En droit pénal de la propriété, deux entités sont susceptibles de représenter l'objet du dommage provoqué par l'infraction. En parallèle, deux thèses sont défendues relativement à la détermination de cet objet, la dématérialisation n'entrant, dans un premier temps, en confrontation avec aucune d'entre elles : soit c'est le bien lui-même qui reçoit l'atteinte, son incorporelité n'étant pas de

¹ Le débat sur l'altérité du dommage et du préjudice, d'origine civile, a cependant ses antagonistes en droit pénal. V. par ex., en faveur de l'altérité, R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1988 (6^{ème} éd.), n° 488, p. 624 ; t. II, Cujas, 1997 (3^{ème} éd.), n° 518, p. 653 ; en défaveur, J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 2006 (16^{ème} éd.), n° 375, p. 351.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° Dommage, I, 2.

nature à l'empêcher³ ; soit c'est le patrimoine qui la subit, la plupart des biens incorporels étant dotés d'une valeur pécuniaire⁴. Au soutien de cette dernière opinion, il apparaît surtout que l'unité du patrimoine n'est brisée, ni par la diversification des objets de propriété, ni par celle des ensembles intellectuels qui les regroupent parfois. Dans un second temps, toutefois, la dématérialisation des biens ne semble pas avoir vocation à s'arrêter aux frontières du patrimoine. Il existe, en effet, des biens incorporels extrapatrimoniaux préservés essentiellement par le droit pénal, fût-ce de façon détournée, comme c'est le cas, par exemple, de la force de travail, ce qui encourage à recentrer l'analyse de l'objet du dommage sur le bien seul : parce qu'il constitue le substrat de l'intérêt protégé par l'incrimination, en l'occurrence la propriété, seule l'atteinte qui lui est portée provoque subséquemment les préjudices subis par la société et par le propriétaire. Le patrimoine, dont l'étude conserve néanmoins de nombreuses vertus heuristiques, n'est pas un élément constant de la répression ; il représente, tout au plus, un instrument qui facilite l'organisation et la réalisation des responsabilités.

556 L'EFFET DU DOMMAGE : LE PREJUDICE EN DROIT PENAL. – Délaissé par la majeure partie de la doctrine pénaliste⁵, le préjudice occupe pourtant une position stratégique au sein du système pénal. Tout d'abord, c'est la plupart du temps parce qu'un comportement est préjudiciable qu'il va être incriminé et, si tel ne paraît pas être sa nature originaire, il l'acquiert nécessairement par le biais de l'incrimination. Ensuite, la commission de l'infraction cause un préjudice, et c'est à la seule condition de démontrer que ce dernier ne concerne pas uniquement la collectivité, que l'action civile d'une victime pénale autre peut aboutir. En définitive, on s'étonne même qu'il soit besoin de recourir à la dématérialisation pour souligner l'intérêt de l'étude du préjudice en droit pénal. Cependant, tel semble bien être le cas, d'autant plus qu'elle se révèle, à cette fin, très efficace. D'une part, en effet, afin de compenser l'immatérialité de l'objet qu'il doit alors appréhender, le juge pénal se fait parfois plus exigeant en matière de préjudice, lorsqu'un bien incorporel est en cause ; d'autre part, l'ubiquité attachée à ce type de biens provoque souvent un enchevêtrement de détenteurs aux

³ V. *supra*, 1^{ère} partie, *passim*.

⁴ V., en ce sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, thèse, Bordeaux IV, 2008. Cependant, l'auteur s'inscrit plutôt dans la première thèse, lorsqu'il affirme, dès l'introduction, que « *le droit pénal ne semble quant à lui ne protéger que le seul contenu du patrimoine* » (n° 8, p. 16) et que, partant, « *il ne protège pas [...] le "contenant" que constitue le patrimoine* » (*ibidem*), alors que, toujours selon lui, « *l'actif du patrimoine n'est composé que de biens* » (n° 332, p. 209).

⁵ V. cependant Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 807 et s.

droits divers et, conséquemment, une multiplicité d'intérêts à agir en cas d'atteinte. Il faut donc discriminer, par l'examen du préjudice, les intérêts de ces différents acteurs.

557 De ce qui précède, il ressort, finalement, que la prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal peut tout aussi bien contribuer à la détermination de l'objet du dommage provoqué par une infraction contre la propriété, le bien lui-même (**Chapitre 1**), qu'à celle de son effet, le préjudice (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LA DÉTERMINATION DE L'OBJET DU DOMMAGE : LE BIEN

CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE L'EFFET DU DOMMAGE : LE PRÉJUDICE

Chapitre 1. La détermination de l'objet du dommage : le bien

558 L'ASSIMILATION CLASSIQUE DES BIENS AU PATRIMOINE. – La distinction des choses à l'aune du patrimoine est romaine. A l'époque, les *res in nostro patrimonio* étaient des objets de propriété, au contraire des *res extra nostrum patrimonium* qui n'en étaient pas. Pour autant, la présentation de l'identification contemporaine des biens au patrimoine comme une continuité serait fallacieuse, le concept de patrimoine ayant désormais, selon différentes influences, peu de choses en commun avec son acception romaine¹.

559 A Rome, le *pater familias* étant la seule personne apte à la propriété, l'ensemble de ses biens, sans discrimination aucune, était didactiquement désigné « *patrimonium* ». Depuis, la confrontation de la pensée d'Aubry et Rau à l'attraction croissante exercée par le commerce juridique sur les attributs de la personne, principalement, a fini par faire du patrimoine une véritable notion juridique. Celle-ci désigne alors, parmi les biens, ceux qui sont aptes à la pécuniarité, la classification qui en résulte ressemblant plutôt à une autre distinction romaine : celle, au sein des *bona*, entre les *pecunia* et les *familia*². Toutefois, la perspective globalisante du patrimoine est rémanente : les biens pouvant être conçus comme de simples valeurs pécuniaires, beaucoup d'auteurs perçoivent de nouveau le patrimoine comme le contenant exhaustif de la propriété d'une personne³. Dans cette optique, il semble que le patrimoine n'autorise plus vraiment à opérer une distinction au sein des biens, mais qu'il redevienne, à l'instar de Rome, une frontière entre ce qui est un bien et ce qui ne l'est pas. Selon cette conception, le droit pénal ne protégerait pas les biens, mais le patrimoine.

560 LA PUISSANTE ATTRACTION DE LA PATRIMONIALITE ET SES LIMITES. – Les biens incorporels apparaissent, pour la plupart, comme des biens patrimoniaux. La dématérialisation paraît alors s'inscrire dans un mouvement constant et plus global de patrimonialisation. Peu de biens résistent désormais à la pécuniarité et, si tel est finalement le cas, rien n'empêche l'instauration, sur ces derniers, d'un commerce juridique minimal. Cependant, la prolifération du patrimoine contemporain a également provoqué des excroissances. En premier lieu, les

¹ V. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 4, p. 22-23 ; n° 6, p. 24 et s. ; n° 8, p. 34 et s.

² V. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 6, p. 25.

³ V. par ex. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, coll. Bibl. dr. privé, t. 489, LGDJ, 2007 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, thèse, Bordeaux IV, 2008.

choses se diversifient de plus en plus et, dans la lignée de la fiducie, les ensembles de biens se multiplient. En deuxième lieu, il existe des biens commerciaux mais extrapatrimoniaux, par exemple les différents attributs de la personnalité. La patrimonialité ne représente donc qu'un degré de la commercialité et, partant, s'affiche comme une simple contingence au sein de la théorie des biens. En dernier lieu, certains biens, corporels ou incorporels, se situent même absolument en dehors du commerce juridique : les stupéfiants ou les marchandises contrefaites. Il ne paraît donc pas non plus nécessaire qu'une chose soit commerciale pour prétendre à la qualification de bien.

561 Le droit pénal le confirme, puisqu'il participe à la consécration de tels biens. Plus encore, il est, de tous les droits, celui qui répugne le moins à les protéger. Ainsi, outre qu'il apparaît opportun de chercher le bien même au-delà du patrimoine, il semble, corrélativement, que la protection pénale ne puisse cesser aux frontières de ce dernier.

562 LA REVELATION DES INSUFFISANCES DU PATRIMOINE, INCITATION A LA DIALECTIQUE. – Dégagé de son assiduité, le patrimoine perd donc de son inéluctabilité. Pour autant, il demeure le récipient de la plupart des biens et, dans une conception pécuniaire classique et tenace des objets de propriété, leur contenant global. Quelle que soit l'hypothèse finalement retenue, la protection pénale peut alors osciller entre deux objets : le patrimoine ou le bien. Il apparaît donc nécessaire, d'un point de vue pénal, de distribuer ce qui participe de l'un et ce qui participe de l'autre. A cette fin, il convient d'abord, classiquement, d'envisager que le patrimoine soit l'objet même de la protection pénale (**Section I**), avant d'analyser, de façon moins usuelle, la prise en compte, par le juge pénal, de biens qui ne peuvent prétendre ressortir à cette première protection (**Section II**).

Section I. LA PROTECTION PENALE AU-DELA DU BIEN : LE PATRIMOINE

563 LES INTERACTIONS ENTRE LE PATRIMOINE ET LE DROIT PENAL, A L'AUNE DE LA DEMATERIALISATION DE SON CONTENU. – La doctrine pénaliste a peu théorisé la prise en compte pénale de la notion de patrimoine, qu'elle présente la plupart du temps comme une évidence⁴. Cette certitude repose, principalement, sur l'existence d'une unité pourtant exclusivement fondée sur des règles de droit civil. Cet ensemble de biens constituerait, en

⁴ V. cependant R. OLLARD, *op. cit.*

effet, « le gage commun des créanciers ». D'une telle objectivation, à plus forte raison si on lui reconnaît la vocation exhaustive d'être le récipiendaire de toutes les choses appropriées, il est alors aisé de déduire que, lorsqu'une infraction contre la propriété est commise, c'est finalement, au-delà du bien, le patrimoine qui la subit. Cette intuition ne peut cependant suffire à déterminer que le patrimoine représente le véritable objet du dommage causé par un vol, un abus de confiance ou une escroquerie. Pour autant, il n'apparaît pas nécessaire, du moins pas encore, de succomber à l'autre thèse, des interactions réelles, renforcées par la dématérialisation des biens, pouvant être constatées entre le droit pénal de la propriété et le patrimoine.

564 Tout d'abord, un bien incorporel pouvant être l'objet d'une atteinte pénale sans que son intégrité paraisse modifiée par celle-ci, il semble que seul le patrimoine subisse alors un dommage qui, de surcroît, a vocation à s'étendre au-delà de la valeur du bien. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il qu'il existe une prise en compte unitaire du patrimoine en droit pénal, ce que, en revanche, n'apparaît pas agréer le phénomène de dématérialisation des biens. En effet, en participant à la diversification des objets de propriété, d'une part, et à la multiplication des ensembles intellectuels les contenant, d'autre part, la dématérialisation fait déborder la propriété du patrimoine. S'il s'avère en définitive que, malgré cela, une unité réelle se dégage, elle ne constitue alors pas celle que l'on attendait : le droit pénal ne la préserve, effectivement, que de façon incidente. Cependant, malgré sa relativité, elle n'en possède pas moins des vertus explicatives importantes, principalement en ce qui concerne l'appréhension pénale des objets de propriété.

565 L'analyse fonctionnelle du patrimoine en droit pénal révèle ainsi, à l'aune de la dématérialisation, que l'approche pénale des biens est très épurée, seule comptant vraiment, afin que la répression s'opère, l'atteinte qui a été portée à l'attache exclusive entre un sujet et son objet. Ce constat est, ensuite, renforcé intrinsèquement, par l'analyse de la composition contemporaine du patrimoine en droit pénal, nécessairement remodelée, elle aussi, par la dématérialisation. Cette dernière étude permet, au surplus, d'accentuer les incohérences d'un système répressif qui n'assume pas toujours sa logique, par exemple en excluant les immeubles du domaine de sa protection : alors que, pour le juge pénal, seul semble compter le lien de propriété, les choses pour lesquelles il apparaît avec le plus d'évidence, tant techniquement que sociologiquement, demeurent en dehors de son protectorat.

566 De ce qui précède, il ressort donc que si le patrimoine représente, avec le bien, l'objet concevable du dommage causé par les infractions contre la propriété (§ 1), l'analyse de son

unité en droit pénal (§ 2), puis celle de sa composition (§ 3), démontrent, éclairées par le phénomène de dématérialisation des biens, qu'en réalité il n'en est rien.

§ 1. Le patrimoine, objet concevable des infractions contre la propriété

567 LA MISE EN EVIDENCE, PAR LA DEMATERIALISATION, DE L'INTERET DE L'ETUDE DE LA NOTION DE PATRIMOINE EN DROIT PENAL DE LA PROPRIETE. – L'atteinte portée à un bien provoque simultanément une atteinte au patrimoine dont il constitue, la plupart du temps, un élément. Toutefois, l'affirmation intéresse finalement peu lorsque, de l'évidence du *corpus*, s'induit déjà l'appartenance de l'objet alors matériellement déterminé à un propriétaire ; il suffit, comme le Code pénal l'y invite⁵, de préciser qu'il y a eu appropriation frauduleuse de cette chose, précisément, sans en déduire, nécessairement, que le patrimoine de son propriétaire a, par là même, été diminué : *res ipsa loquitur*. A l'inverse, lorsque le *corpus* s'efface, par exemple lorsqu'il s'agit d'un détournement de fonds, l'objet de l'atteinte semble alors emprunter la forme indistincte de la fortune de la victime, c'est-à-dire de son patrimoine⁶. Le constat se renforce, d'ailleurs, lorsque le dol ou la violence conduisent une personne à concéder une obligation : en devenant la débitrice du délinquant, c'est, en effet, l'ensemble de son patrimoine que la victime engage, et non un bien déterminé⁷. Semblant même s'autonomiser complètement de la notion de bien – à condition cependant qu'on l'assimile alors à l'élément patrimonial qu'elle ne recoupe qu'en partie –, certaines incriminations assurent indirectement la protection du patrimoine par le biais d'autres substrats. L'illicéité d'un gain d'argent provient ainsi, ordinairement, du détournement ou de la dissipation, par des moyens frauduleux, d'une valeur à l'origine destinée, au moins potentiellement, à un autre patrimoine⁸. Parfois, l'atteinte est plus explicite encore,

⁵ V. par ex. art. 311-1 C. pén. : « *Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ».

⁶ En ce sens, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 116, p. 163-164 : « *Dans toute infraction impliquant une remise de fonds, on ne peut pas dire que c'est un corpus déterminé qui est nécessairement l'objet du délit, puisque aussi bien un paiement d'argent peut se faire par voie scripturale. Ce n'est donc pas la propriété de l'instrument de paiement en soi, mais bien la fortune de la victime qui intéresse le législateur, autrement dit la propriété de son patrimoine* ». – Au sein du patrimoine, une distinction pourrait toutefois s'opérer en considération de la valeur des fonds détournés.

⁷ F. ZENATI, *ibidem* : « *l'engagement compromet ici à l'évidence l'ensemble de l'actif patrimonial. A moins, que l'obligation ne soit propter rem, le préjudice n'affecte pas un bien déterminé : le préjudice réside dans le fait même d'être débiteur, c'est-à-dire de concéder un gage général sur ses biens* ».

⁸ V. la plupart des incriminations présentées par W. JEANDIDIER dans son titre consacré au « *gain d'argent* », in *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 2005 (6^{ème} éd.), n^{os} 108 et s., p. 133 et s. – *Adde* F. ZENATI, *ibid.*

puisqu'elle peut provoquer directement, par profit de la faiblesse d'un cocontractant, l'endettement de ce dernier⁹. L'unité fondamentale de toutes ces incriminations paraît donc clairement résider dans leur aptitude et, sans doute préalablement, dans leur vocation à protéger le patrimoine¹⁰.

568 La dématérialisation des objets de propriété semble ainsi concourir à faire de l'atteinte patrimoniale le véritable déterminant des infractions « *contre les biens* ». En effet, parallèlement à leur utilisation, l'appropriation frauduleuse des biens incorporels s'opère généralement par le biais d'un bien corporel qui les représente¹¹. La maîtrise factuelle de ce dernier par l'auteur ne suffit donc pas, en soi, à révéler la soustraction ou le détournement du bien représenté, qui doivent alors apparaître par un autre moyen. De plus, l'appropriation frauduleuse d'un bien incorporel ne provoque pas sa disparition, son utilité restant continuellement disponible après l'infraction pour son propriétaire. Seul l'effet immédiat de tels actes paraît donc véritablement œuvrer à les dévoiler, c'est-à-dire la diminution de l'utilité qu'ils causent, fût-ce simplement le temps des agissements, à l'élément de patrimoine ainsi atteint¹². De façon moins éphémère, puisque le bien incorporel subsiste dans le patrimoine malgré l'atteinte, c'est à travers la perte de la valeur qu'il représente au sein de l'ensemble, que l'infraction se manifeste. C'est, peut-être, la raison pour laquelle le législateur exige, pour la plupart des incriminations explicitement ouvertes à un objet immatériel, la démonstration d'un préjudice, c'est-à-dire d'un dommage subi par une personne, en l'occurrence dans ses biens¹³. Prenant alors une forme proche d'une responsabilité traditionnelle¹⁴, le droit pénal s'applique à condition que soient démontrées l'existence d'un acte intentionnel précis, ainsi que celle d'un préjudice, la preuve de celui-ci nécessitant, en général, l'examen préalable du patrimoine de la victime. Ainsi, tout autant que le bien incorporel, dont le dommage cause un préjudice à son propriétaire, c'est le patrimoine qui semble atteint, son altération paraissant permettre seule de déclarer l'infraction¹⁵.

⁹ V. toutes les infractions de « *micro-spéculation* » : W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n^{os} 144 et s., p. 184 et s.

¹⁰ En ce sens, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, Sirey, 1935 (3^{ème} éd.), n^{os} 2356-2357, p. 90-91 ; A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, n^o 2201 p. 1790 ; F. ZENATI, *op. cit.*, n^o 117, p. 164.

¹¹ V. *supra*, n^{os} 380 et s.

¹² Comp. R. GARRAUD, *op. cit.*, t. VI, n^o 2357, p. 91 ; A. VITU, *op. cit.*, t. II, n^o 2203, p. 1791-1792.

¹³ Pour une autre explication, ainsi qu'une analyse plus poussée de cette exigence, v. *infra*, n^{os} 716 et s.

¹⁴ Comp. art. 1382 C. civ. : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Voir G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, LGDJ, 2008 (3^{ème} éd.), n^{os} 73 et s., p. 166 et s.

¹⁵ Comp. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1997 (3^{ème} éd.), n^o 519, p. 654 : « *Dans ces hypothèses, le préjudice (matériel ou moral) fait partie, comme l'on dit, " de l'objectivité " du délit* ».

569 LA POLEMIQUE CONTEMPORAINE SUR L'UTILITE DU CONCEPT DE PATRIMOINE EN DROIT

CIVIL. – La notion de patrimoine n'est pas assise sur une légitimité textuelle ; le patrimoine n'est pas déterminé par la loi comme un concept originalement juridique et, partant, pas institutionnellement défini. Sa perspective semble donc, moins que son approche classique, mais en parfaite conformité avec son fondement singulièrement doctrinal, essentiellement heuristique¹⁶. Parallèlement, son autorité s'autorise de la raison, sans toutefois pouvoir prétendre à la force. C'est pourquoi, si la plupart des auteurs s'accordent à doter le concept de patrimoine d'une utilité certaine, celle-ci ne se fonde que sur un sens propre, dont il est malaisé d'assurer la pertinence au sein des différentes significations alors proposées en doctrine. La polysémie qui en résulte ouvre le flanc à la remise en cause, tant de la perception doctrinale classique de ce qu'est le patrimoine¹⁷, que de sa nécessité en tant que notion juridique autonome¹⁸. Indépendamment de l'extériorité militante de cette dernière critique, c'est surtout, en interne, sur l'unité du patrimoine qu'a porté la flèche, c'est-à-dire, plus fondamentalement, sur le lien entretenu par celui-ci avec la personne. Comment, en effet, encore concevoir l'unicité et l'indivisibilité, caractères de toute unité, face à la multiplication d'universalités de natures diverses et, désormais, à l'épreuve de la fiducie¹⁹ ?

570 Paradoxalement, le lien entre la personne et le patrimoine, fondement classique de l'unité de ce dernier, n'est, en soi, jamais véritablement remis en cause, ni par l'Ecole la plus critique²⁰,

¹⁶ Voir F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 2003, p. 672 : « la théorie du patrimoine, à défaut d'être juste, pose assurément des questions fondamentales. Telle semble devoir être la perspective qu'elle assigne, celle d'un dépassement, certes, mais constructif ». – Adde F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.*, 1996, p. 819 et s.

¹⁷ N'est-il, formellement, qu'une émanation de la personne ? V. par ex. H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, Ed. A. Rousseau, 1910 ; est-il, matériellement, une universalité de droit ? V. par ex. A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*, 1994, p. 801 et s. – La perception doctrinale originaire, celle d'AUBRY (C.-M.) et RAU (C.-F.), développée à partir des travaux de K.-S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, n'a d'ailleurs sans doute jamais été entièrement adoptée par la doctrine postérieure : v., en ce sens, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Paris II, 1998, n^{os} 71 et s., p. 69 et s., et n^{os} 171 et s., p. 154 et s.

¹⁸ Voir D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, coll. Bibl. dr. privé, t. 399, LGDJ, 2003.

¹⁹ La loi n^o 2007-211 du 19 février 2007 a institué la fiducie en droit français : v. art. 2011 et s. C. civ. L'article 2011 pose que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». – V. *infra*, n^{os} 593 et s.

²⁰ V. par ex. l'approche de la théorie d'A. BRINZ, par F. BELLIVIER : *Le patrimoine génétique humain, étude juridique*, thèse, Paris I, 1997, n^{os} 327 et s., p. 276 et s. ; « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n^o 1, PUS, 1997. Précisons, cependant, que la théorie d'A. BRINZ est, en réalité, antérieure à celle de C.-M. AUBRY et C.-F. RAU. V. également H. GAZIN, *op. cit.*, p. 453 et s. ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, coll. Reprint, LGDJ, 1996 (texte de la

ni par le Palais²¹. Il ne s'agit, en effet, que de tirer la conséquence logique, d'un côté, de l'inexorable assujettissement d'un bien et, de l'autre, de l'identité de propriétaire d'une masse de biens appropriés. Tout groupement de biens juridiquement reconnu, fût-il doté d'une affectation et d'un passif spécifiques, est ainsi nécessairement la propriété d'une personne. En prenant cette dernière comme référentiel unique, le groupement dont elle est propriétaire s'inscrit nécessairement dans l'ensemble plus vaste que constituent tous ses biens. Ne se pose donc pas la question de la légitimité de la prise en compte juridique du patrimoine, mais plutôt celles, d'une part, de sa pertinence et, d'autre part, de sa portée.

571 L'UTILITE DU PATRIMOINE EN DROIT PENAL. – Le droit pénal porte peu d'intérêt à la spécificité des biens ; seules comptent pour lui la société et la personne, qu'il protège au moyen d'une technique utilisant notamment la notion de bien²². L'objet de l'atteinte portée est alors assurément le bien considéré en tant que tel, mais celui-ci ne représente pourtant pas nécessairement l'objet même du dommage. En effet, si le détournement d'une chose appropriée, par exemple, provoque certainement, pour le moins, une diminution de l'utilité que le propriétaire aurait en principe pu en tirer, il n'implique cependant, matériellement, rien de plus qu'une utilisation frauduleuse de la chose²³. Par conséquent, l'intégrité du bien détourné n'est pas inévitablement en cause, sa valeur patrimoniale étant à l'inverse, pour le propriétaire, indubitablement amoindrie à raison de cette utilisation. Dès lors, l'infraction paraît causer un dommage au patrimoine dans son ensemble, plutôt que, précisément, à l'élément alors atteint ; si le bien reste techniquement l'objet de l'atteinte, c'est le patrimoine qui semble finalement constituer l'objet du dommage.

572 A cet égard encore, la protection pénale des biens incorporels apparaît comme un révélateur. L'atteinte à l'un quelconque de ces biens ne paralyse à aucun moment son utilisation concomitante par le propriétaire, de même qu'elle ne peut que difficilement provoquer une altération remettant en cause l'intégrité de la chose²⁴. Il semble donc que cela soit, au-delà même de l'utilité, exclusivement la valeur patrimoniale qui est en cause, le dommage prenant

2nde éd., 1919), n° 67, p. 143. – Pour une systématisation de ces approches, ainsi que de quelques autres, tout aussi fondamentales, v. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine, essai critique*, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, spéc. n°s 908 et s., p. 420 et s.

²¹ V. par ex. Cass. com., 12 juill. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 161 : « Vu le principe selon lequel le patrimoine est indissolublement lié à la personne [...] ».

²² V. *supra*, n°s 15 et s. ; *infra*, n°s 798 et s.

²³ V. *supra*, n°s 219 et s.

²⁴ Ce n'est, bien sûr, qu'une façon matérielle d'entendre la chose. Par exemple, la lecture d'un projet original par autrui lui fait, d'un autre point de vue, perdre la qualité qui forge son intégrité : v. *supra*, n° 251.

la forme plus ou moins médiate d'une soustraction, véritable *damnum emergens*, ou d'un manque à gagner patrimonial, simple *lucrum cessans*. Ainsi, alors que le bien reste à la disposition de son propriétaire, pendant et après l'atteinte, subsistant aisément à cette dernière, le patrimoine est, à l'inverse, inévitablement altéré.

573 LA CORRELATION D'UN CONTENANT ET D'UN CONTENU. – En droit pénal comme ailleurs, l'intérêt juridique de la notion de patrimoine ne peut donc résider que dans la corrélation de l'enveloppe et de son contenu, c'est-à-dire dans l'utilité de concevoir une partie ou l'ensemble des biens d'une personne *ut universi*. En droit pénal précisément, l'unité du patrimoine se justifie par l'existence juridique autonome de celui-ci en tant qu'objet envisageable du dommage causé par une infraction contre la propriété. Toutefois, même de ce point de vue, l'importance de son contenu reste manifeste, d'une part, parce que c'est l'évolution contemporaine des objets de propriété qui autorise essentiellement, en définitive, la révélation de la fonction exacte du patrimoine en droit pénal et, d'autre part, parce que cette évolution, en modifiant substantiellement la composition des patrimoines, contribue nécessairement à moduler la portée de cette fonction et, en conséquence, suggestionne l'application du droit pénal. C'est donc à l'aune du contenu qu'il faut poursuivre l'examen du contenant : l'évolution des biens révèle assurément l'existence d'une unité du patrimoine en droit pénal, et en modifie, intrinsèquement, la composition.

§ 2. L'unité du patrimoine en droit pénal

574 LES MAUX CONTEMPORAINS DE L'UNITE. – « *Un tout est beau lorsqu'il est un* »²⁵ ; c'est pourquoi la plupart s'accorde à considérer que le patrimoine ne se justifie que par son unité. Parallèlement, le droit civil des biens cultive la diversité par essence, beaucoup entretenant, selon cette autre vision des choses, une conception critique de ce qu'est le patrimoine, et privilégiant, par là même, la présentation de ce qu'il devrait être. La doctrine pénaliste ne s'aventure pas dans de tels débats. Posant comme un acquis presque incontestable que le droit pénal considère les biens avant tout comme des éléments patrimoniaux, elle reconnaît, intuitivement, l'existence d'une approche pénale du patrimoine²⁶. *A posteriori*, la raison confirme l'intuition. Cependant, outre que l'unité du patrimoine en droit pénal ne semble

²⁵ D. DIDEROT, *Lettre à Sophie Volland*, Langres, 10 août 1759.

²⁶ V., pour une tentative de théorisation de cette approche, R. OLLARD, *op. cit.*

correspondre ni à son unité civile, ni à l'unité purement déclarative conçue par les auteurs pénalistes et, plus encore, qu'elle apparaît comme étant plus marquée, du moins sur certains points, en droit pénal qu'en droit civil, cette unité ne s'en retrouve pas moins semblablement confrontée à la croissante diversité des choses (A), à laquelle il faut ajouter, de plus en plus, celle des constructions intellectuelles (B).

A. L'unité malgré la multiplicité des biens

575 L'INDIFFERENCE DU DROIT PENAL AUX CLASSIFICATIONS DU DROIT CIVIL DES BIENS. – Le

Code civil a fait de la distinction des biens une règle importante. Elle précède, effectivement, la détermination de la propriété et des droits réels²⁷, et trouve une conséquence tout aussi logique qu'immédiate dans l'introduction de définitions catégorielles²⁸, au détriment sans doute d'une définition d'ensemble, ainsi abandonnée aux ouvrages doctrinaux²⁹. Le choix opéré par les codificateurs se justifie aisément : le droit civil des biens régit surtout la répartition des utilités des choses entre les personnes, or à chaque genre de choses correspondent des caractères et des utilités propres, légitimant alors l'existence pour chacun d'un régime distinct et spécifique ; on ne vend par exemple pas un meuble, comme on vend un immeuble. En revanche, même s'il est aussi sûr qu'on ne vole pas un immeuble comme on vole un meuble, le droit pénal n'alloue qu'une effectivité réduite aux classifications du Code civil.

576 En premier lieu, le droit pénal s'appuie exclusivement sur des faits juridiques³⁰, donnant alors à la réalité brute plus d'importance qu'à la volonté ou à l'apparence³¹. Il ne prend donc notamment pas en compte les fictions du droit civil reposant sur la volonté matérialisée³² d'un propriétaire d'affecter un de ses biens à un autre et, ainsi, de lier leur destin par l'immobilisation fictive de celui-là, parce qu'il est à l'origine un meuble accessoire de celui-ci. Pour le droit pénal, seule importe la vérité physique qu'a su révéler, par exemple pour le

²⁷ Le livre deuxième du Code civil, « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* », débute par l'article 516 qui classe les biens, la définition de la propriété et des droits réels n'intervenant qu'à l'article 544, puis aux articles 578 et suivants.

²⁸ Art. 517 et s. C. civ.

²⁹ V. *supra*, n^{os} 123 et s.

³⁰ V. *supra*, n^o 471.

³¹ V. toutefois P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, thèse, Grenoble, 1984.

³² Matérialisée, par exemple car « *la seule volonté du propriétaire ne [peut] faire perdre aux machines en cause leur qualité d'immeubles par destination, laquelle, en l'absence d'enlèvement effectivement réalisé, ne disparait[t] qu'après la vente* » : Cass. civ. 1^{ère}, 7 avr. 1998, *Bull. civ. I*, n^o 143.

vol, la soustraction : la chose peut subsister malgré son déplacement ; de fait, elle est un meuble³³.

577 De même, seule est considérée l'actualité physique, c'est-à-dire l'état du bien consécutivement à l'atteinte³⁴ que, bien logiquement, le droit civil ne néglige pas non plus³⁵ : un immeuble par nature détaché de son support terrestre est ainsi, physiquement et juridiquement, un meuble³⁶. Dès lors, le seul véritable facteur de distinction entre les biens semble être, en droit pénal, celui de leur aptitude à être empiriquement l'objet de l'atteinte, telle qu'elle est posée dans l'incrimination. Il apparaît, de la sorte, comme étant tout aussi physique que juridique. Cependant, l'interprétation de l'atteinte est, parallèlement à sa détermination, justement évolutive en fonction de son objet, c'est-à-dire en fonction des réalités de l'appropriation³⁷. Cette dialectique complexe rend alors toute frontière dressée au sein du monde des biens perméable, toute classification paraissant finalement menacée d'obsolescence.

578 En second lieu, le droit pénal commet ses propres distinctions au sein des incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété : à l'exception du vol et du recel, c'est, en effet, l'atteinte portée à des « *fonds* », à des « *valeurs* » ou à un « *bien quelconque* » qui est généralement réprimée³⁸. Pourtant, malgré la clarté de l'invitation des textes, et alors même que le juge pénal a la possibilité de doter cette classification d'une effectivité certaine³⁹, la pratique révèle que, la plupart du temps, aucun examen méticuleux n'est fait des caractères de la chose frauduleusement appropriée. Certainement regrettable au regard de l'impératif de sécurité juridique, qui se nourrit, notamment, de la précision de la jurisprudence⁴⁰, cette abstention n'en est pas moins compréhensible, voire, sous certains aspects, explicative.

³³ V. Cass. crim., 12 oct. 1976, *Bull. crim.*, n° 289 : sanction d'un vol de menuiseries déjà mises en place dans une maison en construction.

³⁴ Même s'il est sans doute contestable de ne pas plutôt prendre en compte l'état du bien concomitamment à l'atteinte : v., en ce sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n° 528, p. 306-307. – V. *supra*, n° 239.

³⁵ V. Ass. plén., 15 avr. 1988, *Bull. A. P.*, n° 4 : « [...] *les fresques, immeubles par nature, sont devenues des meubles du fait de leur arrachement* ». La règle est la même en matière de sûretés, ou encore en matière d'expropriations.

³⁶ V. par ex. Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96 : vol d'arbres sur pied ; Trib. correc. Saint-Gaudens, 12 mars 1981, *D.*, 1983, inf. rap. p. 535, note G. ROUJOU DE BOUBÉE : vol de champignons cueillis dans une forêt. – Il ne s'agit pas de meubles par anticipation, puisque la soustraction les a physiquement détachés du sol.

³⁷ V. *supra*, n°s 165-166.

³⁸ Art. 312-1, 312-10, 312-12-1, 313-1 et 314-1 C. pén.

³⁹ V., par ex., les propositions de R. GARRAUD (malgré l'affirmation du caractère démonstratif de l'énumération légale) : *op. cit.*, t. VI, n° 2565, p. 364 et s. V. aussi les nôtres : *supra*, n°s 318 et s.

⁴⁰ V. par ex. Cour EDH, « *Kruslin c. France* », 24 avr. 1990, § 29 ; « *Huvig c. France* », 24 avr. 1990, § 28.

579 Le droit pénal de la propriété, contrairement au droit civil, applique à l'ensemble des biens un régime uniforme : l'atteinte est indifféremment réprimée, quelle que soit la nature de son objet, la caractérisation de ce dernier n'ayant tout au plus qu'un intérêt sécuritaire adventice, – renforcer la qualification de l'élément matériel –, et une importance certainement incontestable, mais finalement tardive, puisqu'elle ne se manifeste vraiment qu'au stade du prononcé de la peine. La seule taxinomie positive en droit pénal ne repose donc pas sur une classification au sein des biens protégés par celui-ci ; elle distingue, plutôt, ce qui est un bien au sens de la répression, de ce qui ne l'est pas.

580 LA PROMOTION CORRELATIVE DE L'ENSEMBLE DES BIENS. – L'absence d'une classification véritablement effective des biens en droit pénal conduit, logiquement, à ne s'intéresser soit qu'au bien en soi, c'est-à-dire à la notion qu'il représente, soit qu'à l'ensemble des biens, c'est-à-dire à ce que constitue, peut-être, le patrimoine. L'étude du bien *ut singuli* relève principalement de celle de l'infraction contre la propriété, celui-là formant l'une des parties constitutives de celle-ci. Le bien se présente, en effet, avant tout comme le substratum de l'intérêt protégé par les incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété⁴¹.

581 Toutefois, encore faut-il préciser que certaines de ces incriminations supposent que subsiste une trace indélébile sur le bien, faisant ainsi de ce dernier le révélateur d'une violence matérielle, tout autant que celui d'une atteinte à la propriété d'autrui. Subissant directement une « destruction », une « dégradation » ou une « détérioration »⁴², par exemple, le bien s'inscrit alors dans la finalité même de l'atteinte, au point d'être, concomitamment et notoirement, l'objet de l'atteinte et celui du dommage. C'est l'intégrité de la chose qui est alors lésée, les atteintes à la propriété et au patrimoine n'en constituant, en somme, que les conséquences évidentes⁴³. Egalement concevables contre les biens incorporels⁴⁴ et contre les immeubles⁴⁵, ces infractions sont donc spécifiques en raison du dommage direct qu'elles causent à l'objet de propriété, ce qui démontre, peut-être, dans une perspective plus générale, que cette lésion n'est qu'un trait exceptionnel, puisque discriminant de certaines

⁴¹ V. *supra*, n^{os} 15 et s.

⁴² V. art. 322-1 et s., 323-1 et s., 411-9, 413-10, 413-11, 432-15, 432-16, 433-4, 434-4, 434-22, 434-41, al. 2, C. pén.

⁴³ En ce sens, P. CONTE, *op. cit.*, n^o 647, p. 383 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, coll. HyperCours, Dalloz, 2007 (3^{ème} éd.), n^o 844, p. 493.

⁴⁴ V., par ex., art. 322-2, 2^o, C. pén : protection d'« un acte original de l'autorité publique » ; art. L. 716-9 C. propr. intell. : protection de l'intégrité d'une marque. – La jurisprudence commerciale atteste d'ailleurs qu'une marque puisse être l'objet d'une atteinte : v. par ex. Cass. com., 23 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 118.

⁴⁵ V., par ex., art. 322-2, 3^o, C. pén.

qualifications, des infractions « *contre les biens* ». La plupart du temps, en effet, la chose d'autrui ne subit aucun dommage manifeste en raison de l'atteinte, la lésion n'étant pourtant pas virtuelle, mais devant sans doute être réalisée en dehors du bien. C'est, par conséquent, aux biens perçus *ut universi* qu'il faut désormais s'intéresser.

582 Si l'objet du dommage causé par l'infraction n'est pas le bien atteint, il se situe néanmoins nécessairement au sein de la propriété objective d'une personne, c'est-à-dire dans l'ensemble positif que constituent tous ses biens. Un aperçu rapide des manifestations du dommage provoqué par une infraction semble le confirmer : si la cause du dommage incite à le rechercher dans le bien seul, puisqu'il résulte exclusivement de l'atteinte portée à ce dernier, son expression est tout autant, – et peut-être moins, particulièrement pour les biens incorporels –, celle d'une perte ou d'un trouble de jouissance, que celle d'une disparition ou d'une diminution de la valeur d'échange que représentait ce bien dans le patrimoine, voire que celle d'une perte d'argent plus prospective, mais également liée à l'atteinte⁴⁶. Le bien ne paraît donc pas suffire à contenir toute l'étendue du dommage, qui trouve alors dans le patrimoine un salutaire et nécessaire terrain de croissance. Pouvant, ainsi, apparaître aux yeux de tous, c'est certainement le dommage patrimonial qui légitime la sanction de celui qui l'a provoqué.

583 LA RECHERCHE D'UNE UNITE DU PATRIMOINE EN DROIT PENAL. – L'unité du patrimoine se justifie classiquement comme constituant le fondement de l'indivisibilité du droit de gage des créanciers⁴⁷. Le lien avec la personne est évident, puisque, à raison de ses biens, c'est toujours une personne qui s'engage. Pour autant, elle n'est pas parfaitement unitaire : le patrimoine peut alors être perçu activement, comme ensemble virtuel qui autorise juridiquement puis matériellement l'engagement, ou passivement, comme ensemble répondant concrètement de la dette. En réalité, l'unité est simplement dissimulée, le patrimoine représentant identiquement, à ces deux moments du droit, le seul objet de contrainte apte à compenser l'inexécution d'une obligation personnelle⁴⁸. En conséquence, il est à la fois la raison et la condition de la personnalité juridique, sa nécessité structurelle légitimant sans doute, en

⁴⁶ Comp., pour la responsabilité civile, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, LGDJ, 2006 (3^{ème} éd.), n^{os} 251 et s., p. 19 et s.

⁴⁷ V. par ex. D. HIEZ, *op. cit.*, n^{os} 364 et s., p. 237 et s. ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n^{os} 150 et s., p. 67 et s.

⁴⁸ Voir G. CORNU, *Les biens*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n^o 19, p. 51 et n^o 21, p. 53 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n^o 229, p. 189-191 et n^o 231, p. 192-193. – La contrainte par corps, garantie originaire de l'exécution d'un fait personnel, a été définitivement abolie par une loi du 22 juillet 1867.

contrepartie, la protection de son intégrité, qui profitera tant au propriétaire, qu'à ses créanciers. La logique protectrice ainsi mise en œuvre porte donc nécessairement le sceau de la propriété, réelle ou virtuelle, celle-ci semblant étendre de la sorte son assiette, du bien à l'universalité. Malgré l'apparente confusion métonymique de ce constat, – ne doit-on pas plutôt, en effet, voir en tout bien un droit ? –, rien ne paraît s'opposer à une telle défense, une universalité de biens, quelle qu'elle soit, étant avant tout, juridiquement, un bien⁴⁹. En ce dernier caractère réside peut-être la véritable unité du patrimoine en droit pénal, dont la logique est justement, en matière de propriété, plus protectrice que directrice⁵⁰.

584 Le patrimoine constitue une universalité de biens⁵¹ ; il est un ensemble d'objets de propriété doté d'une fonction propre et, partant, d'un régime juridique spécifique⁵². Son unité résulte, outre de la commune appropriation de ses éléments, de son affectation légale comme gage général des créanciers⁵³, celle-ci fût-elle seulement dotée d'une effectivité potentielle. Pour autant, le patrimoine ne contient pas de choses à valeur vénale négative, les dettes en étant exclues à différents titres : en premier lieu, le bien ne se conçoit que positif, ce caractère participant de son ontologie⁵⁴. En deuxième lieu, et principalement, le patrimoine constitue le gage des créanciers, ce qui signifie, dans un rapport d'objet à objet, que les dettes pèsent sur lui, et non qu'elles en fassent partie ; les intégrer en son sein conduirait, en somme, à « faire

⁴⁹ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 132, p. 202 et s. ; R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz, V° Biens*, n° 64, p. 13. – Une universalité de biens peut, par exemple, être l'objet unique d'un usufruit : v., à propos d'un portefeuille de valeurs mobilières, Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 315 ; *D.*, 1999, juris. p. 167 et s., note L. AYNES ; *RTD civ.*, 1999, p. 422 et s., obs. F. ZENATI.

⁵⁰ Même si certaines infractions sanctionnent le propriétaire qui tente de se libérer frauduleusement de son obligation : v. art. 227-3 et 314-5 et s. C. pén.

⁵¹ En ce sens, K.-S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, pour lequel v. G. MASSE, C. VERGE, *Le droit civil français par K.-S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et rétabli dans l'ordre du Code Napoléon*, t. II, Ed. A. Durand, 1855, § 251, p. 4 ; M.-N. MEVORACH, « Le patrimoine », *RTD civ.*, 1936, p. 814-817 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 462, p. 641 et n°s 468 et s., p. 648 et s. ; A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 1, p. 801-803 ; B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, coll. Bibl. dr. privé, t. 234, LGDJ, 1995, p. 82 et s., à condition de considérer, comme c'est notre cas (mais pas celui de ce dernier auteur), que tous les droits sont des biens : v. *supra*, n°s 128-130. – *Contra*, C.-M. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, Librairie générale de jurisprudence, 1869-1875 (4^{ème} éd.), § 162, p. 3 ; F. GENY, *op. cit.*, n° 67, p. 143 ; D. HIEZ, *op. cit.*, n° 301, p. 188 ; v. également tous les auteurs qui adhèrent pleinement à la théorie classique du patrimoine, ce qui, d'un côté, est rare, et, d'un autre côté, n'est pas le cas des auteurs précités.

⁵² Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, Ed. A. Rousseau, 1911, p. 404 : « Il y a universitas dans la mesure où pratiquement il y a intérêt à l'admettre. Dans cette limite, il est permis au législateur et même au juge, si la loi ne s'y oppose pas, de soumettre un ensemble de choses envisagé comme tel, ou un jugement sur un ensemble de choses à des règles qui leur conviennent mieux d'après les idées régnantes. Mais là se limite la conception d'universitas ». – *Adde* R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse, Bordeaux, 1931, p. 2 et s. ; D. HIEZ, *op. cit.*, n°s 296 et s., p. 186 et s.

⁵³ Art. 2284 et 2285 C. civ.

⁵⁴ V. *supra*, n° 124.

peser les dettes sur des dettes »⁵⁵. Enfin, en dernier lieu, selon le bon sens pratique du droit pénal, nul ne provoquerait le déclenchement de l'action publique à raison d'un vol de dettes. Le patrimoine est donc bien, à l'image de son contenu, une universalité positive.

585 Pourtant, si l'on considère que le patrimoine représente, non seulement, une universalité de biens, mais surtout, une universalité qui contient tous les biens d'une personne donnée, ce que l'on est bien obligé d'admettre si l'on veut en faire le seul objet du dommage causé par une infraction contre la propriété, le patrimoine ne peut pas constituer un bien.

586 L'obstacle à une telle qualification ne provient pas de son caractère dynamique et de son indétermination consécutive, puisque l'atteinte infractionnelle provoque nécessairement, comme le ferait un acte de disposition⁵⁶, une cristallisation momentanée de l'ensemble ; à cet instant précis, qui seul doit être pris en compte par le juge pénal, la consistance du patrimoine est certainement déterminable. Toutefois, la photographie ainsi prise ne va permettre, en réalité, que d'estimer les conséquences finales de l'atteinte. Il ne s'agit alors déjà plus d'en déterminer la cause, c'est-à-dire d'apprécier l'atteinte en elle-même, indépendamment de ses effets. De même, ce qui est constaté en ces temps postérieurs à l'infraction n'appartient déjà plus au dommage, mais au préjudice : le principal argument qui encourageait à considérer le patrimoine en tant qu'objet du dommage causé par l'acte délictueux saute.

587 Mais ce qui démontre que le patrimoine n'est pas un bien est, avant tout, le fait que seul l'un de ses éléments est de nature à révéler l'acte concomitamment à sa commission : en subissant immédiatement et notoirement l'atteinte, le bien est nécessaire à la mise en œuvre de la répression⁵⁷. Par conséquent, c'est, dans une telle optique, exclusivement comme élément du patrimoine d'autrui qu'il faut appréhender la notion de bien contenue au sein de chacun des textes d'incrimination dont la cause réside dans la protection de la propriété, ce qui n'exclut certes pas les universalités, mais ce qui semble, en revanche, interdire d'y inclure le patrimoine ainsi entendu. Techniquement, ce dernier ne constitue donc pas un bien⁵⁸. S'il est préservé par le droit pénal, c'est donc à un autre titre.

⁵⁵ D. HIEZ, *op. cit.*, n° 40, p. 34. V. aussi n° 395, p. 257-258.

⁵⁶ Comp. D. HIEZ, *op. cit.*, n° 313, p. 202-203. – Pour F. ZENATI, « *le bien "patrimoine" ne se cristallise vraiment, de manière définitive, que lors du décès* » : *op. cit.*, n° 471, p. 657 (nous soulignons).

⁵⁷ V. *supra*, n°s 23-28.

⁵⁸ Sauf à concevoir que cet ensemble est un bien comme un autre, c'est-à-dire de ne plus prendre en compte le lien qu'il constituerait entre tous les biens d'une même personne. Cette considération du patrimoine comme n'importe quelle autre universalité de fait est, au moins envisageable, à la mort du propriétaire.

588 LA FORME PROPREMENT PENALE DE L'UNITE DU PATRIMOINE : LA PROTECTION INCIDENTE

DE L'INTEGRITE D'UNE UNIVERSALITE DE BIENS. – Quel que soit le destin de l'élément concerné, l'ensemble patrimonial semble toujours, au moins juridiquement, lésé par l'atteinte. Cette dernière provoque, en effet, la perte ou la diminution de la valeur que représentait le bien au sein du patrimoine, de même qu'elle trouble la cohérence voulue par le propriétaire pour l'ensemble de ses propriétés⁵⁹. A l'inverse, même si l'élément disparaît définitivement en raison de l'atteinte, l'ensemble demeure en tant que tel, bien que son intégrité soit alors corrompue. Les rapports entre l'infraction et le patrimoine paraissent donc pouvoir se formuler en un principe simple : quelle que soit l'atteinte, l'intégrité du patrimoine est rompue, mais ce dernier demeure.

589 Ainsi, même si le patrimoine ne constitue pas techniquement un bien en droit pénal, il peut encore représenter le seul objet du dommage causé par l'infraction et, par conséquent, le véritable objet protégé par l'incrimination. Plus précisément, c'est son intégrité qui serait alors lésée, son existence n'étant jamais vraiment en cause. Le droit pénal n'assurerait donc pas la protection du patrimoine en soi ; il veillerait plutôt au respect de son unité, c'est-à-dire de l'affectation voulue par le propriétaire pour l'ensemble de ses biens, ce qui poserait cependant un autre problème. Cette affectation générale n'a pas, initialement, pour finalité la protection du patrimoine. Elle n'est, effectivement, que l'exercice de ses prérogatives par un propriétaire, tout bien étant « *destiné à satisfaire les légitimes désirs* » de son maître de fait ou de droit⁶⁰. De plus, la fonction du patrimoine le conduit presque inexorablement à la divisibilité⁶¹. Pourquoi le droit pénal préserverait-il, malgré tout, cette unité ?

590 Chaque atteinte pénale remet en cause, au moment où elle est commise, soit un choix exercé par le propriétaire qui modifie l'ensemble que constituent tous ses biens⁶², soit sa volonté

⁵⁹ Comp. C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durand-Hachette, 1866 (3^{ème} éd.), t. I, n° 63, p. 30 : l'auteur précise, à propos des universalités juridiques, qu'« *il n'y a que les événements qui l'atteignent elle-même dans son unité juridique, qui puissent la morceler et la fractionner* ». – Adde P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, n° 20, p. 201 : « *Liée à la cohésion du tout, la valeur des universalités est moins solide que celle des corps simples, car toute force centrifuge propre à désagréger les éléments assemblés la met en péril* ».

⁶⁰ Voir S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, coll. Bibl. dr. privé, t. 145, LGDJ, 1976, n° 23, p. 22-23. V. aussi n°s 26-27, p. 25-26.

⁶¹ Comp., pour les universalités, P. CATALA, *ibidem* : « *si le maintien des ensembles économiques est souhaitable, leur nature physique se prête à la divisibilité. L'unité fonctionnelle de l'universalité ne commande pas absolument son unité patrimoniale : elle peut être objet de partage en nature, de ventes ou de mises en gage partielles* ». – Adde A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°s 308 et s., p. 145 et s.

⁶² Comp. S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 26, p. 25 : « *Tout l'intérêt de l'affectation réside dans cette idée qu'elle consiste à exercer un choix entre plusieurs utilisations possibles d'un bien [...]* ». L'auteur précise toutefois que « *[...] si l'usage est général, comme dans le cas du patrimoine par rapport à son titulaire, l'"affectation" perd tout son intérêt : aucune option n'y est exercée* ». Pourtant, toute affectation spéciale concernant un bien a

contemporaine de laisser subsister l'ensemble tel qu'il est. C'est donc, invariablement, le patrimoine tel qu'il est souhaité par le propriétaire qui souffre de l'infraction. Plus justement, un but donné ne peut alors être atteint en raison de l'acte délictuel, l'affectation voulue par le propriétaire pour sa propriété n'étant pas respectée⁶³. Outre que cela démontre que c'est la personne qui est ainsi protégée à travers ses biens⁶⁴, il appert que le droit pénal défend finalement une unité idéale dont le mouvement, quasi perpétuel, ne peut être légitimement contrôlé que par le propriétaire. C'est pourquoi tout détournement de la volonté de ce dernier matérialisé par une rupture de l'unité doit, en principe, être sanctionné.

591 Toutefois, la technique pénale nécessite une causalité précise, l'intervention d'un bien restant une constante inéluctable de la répression. En définitive, l'ensemble du raisonnement qui précède valant tout autant, et peut-être plus encore⁶⁵, pour le bien considéré *ut singuli*, c'est sans doute incidemment que l'intégrité du patrimoine se trouve préservée de la sorte. En conclusion, s'il apparaît que le droit pénal protège bien l'unité du patrimoine, il ne le fait que parce que le bien se situe, la plupart du temps, en son sein, ce dernier représentant seul l'objet du dommage causé par une infraction contre la propriété.

592 DU GENERAL AU PARTICULIER. – Parallèlement à l'affectation générale dont fait peut-être l'objet le patrimoine, existent désormais des affectations spéciales qui permettent notamment, pour un bien ou une masse de biens déterminés, de neutraliser le droit de gage général des créanciers, afin surtout de créer de véritables patrimoines provisoirement autonomes, qui se superposent ainsi au patrimoine dont est dotée toute personne. Se pose alors nécessairement, de façon inédite, la question de leur possible protection par le droit pénal.

nécessairement des répercussions sur le patrimoine qui le contient. De plus, faire d'un bien un objet oisif est, en soi, déjà un choix qui, en vertu du droit de propriété, doit tout autant être respecté que celui d'en tirer un profit quelconque : v. en ce sens, concernant la prérogative de jouissance, J. CARBONNIER, *Les biens*, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000), n° 730, p. 1641. Enfin, les biens incorporels, par exemple, ne survivent pas à leur désaffectation ; pour ceux-ci, propriété et affectation vont donc de concert : v. *supra*, n° 135.

⁶³ Voir S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 14, p. 13 : « Si l'on envisage d'abord l'existence de l'affectation, on constate en effet que tout tourne autour de l'idée de but » ; et v., plus précisément, les n°s 14 et s., p. 13 et s., ainsi que, pour le droit public, L. SIORAT, « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP*, 1958, p. 866 et s. S. GUINCHARD précise ensuite que « le but de l'affectation n'a en soi aucune force juridique ; il ne peut l'acquérir qu'au moyen d'une technique » : *op. cit.*, n° 14, p. 14. Rien ne s'oppose alors à ce que, parallèlement à l'affectation, la technique soit elle aussi générale, ou plutôt à ce que la combinaison de techniques spéciales – les infractions – conduise à une protection quasiment générale.

⁶⁴ V., en ce sens, R. NERSON, dans sa préface à la thèse de S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. XXI : « Ces techniques communes s'expliquent par cette considération que, réelles ou personnelles, les affectations, qui ont pour objet des biens, sont faites, en dernière analyse, pour les personnes et non pour les biens ». – V. *infra*, n°s 840 et s.

⁶⁵ En ce sens, S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 26, p. 25.

B. L'unité malgré la multiplication des ensembles

593 FIDUCIE ET DROIT PENAL. - L'introduction de la fiducie en droit français⁶⁶ constitue, outre un aveu légal des insuffisances d'une conception stricte et dogmatique de l'unité du patrimoine, un moyen de profondément éprouver de nombreux concepts classiques. La confiance, notamment, y prend une forme nouvelle, paroxystique, puisqu'elle s'incarne alors en un véritable transfert de propriété. L'acquisition qui, auparavant, ne pouvait être qu'une fin, devient ainsi le moyen au service d'un but un temps considéré comme prédominant. Avant cela, « *notre tradition juridique [avait] toujours fait rimer gestion et représentation* »⁶⁷ ; dès lors, c'était inéluctablement vers le mandat, qui est une gestion du bien d'autrui, que le législateur ou le juriste se tournaient. Dorénavant, il est possible pour un constituant de transférer la propriété d'un ou plusieurs biens à un fiduciaire, afin que ce dernier en fasse un usage finalisé, mais pas absolument déterminé. Cette opération nouvelle n'en reste pas moins un contrat qui, à ce titre, peut tout autant être mal exécuté qu'inexécuté, parfois frauduleusement.

594 Le droit pénal n'est, en conséquence, pas absent de la réforme. L'article L. 562-3 du Code monétaire et financier oblige désormais les notaires et les avocats, notamment, à déclarer au service habilité les sommes ou opérations soupçonnées d'être d'origine illicite chaque fois qu'ils participent « *à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant [...] la constitution, la gestion ou la direction de fiducies* ». L'opération fiduciaire peut, en effet, être l'instrument privilégié d'un blanchiment de capitaux, ce constat justifiant logiquement l'extension des dispositions du Code monétaire et financier ayant pour objet la lutte contre cette infraction. D'autant que, parallèlement, rien, au sein de l'article 324-1 du Code pénal qui sanctionne le blanchiment, ne s'oppose à ce que ce dernier s'applique techniquement à la fiducie⁶⁸. La réforme est donc, de ce point de vue, certainement empreinte de cohérence, mais elle n'est alors pas vraiment porteuse d'une innovation comparable à celle de l'instauration de la technique fiduciaire en droit français. Or, l'instrumentalisation du droit de propriété conduit nécessairement à en éprouver plus fondamentalement les mécanismes de protection. L'abus de confiance, par exemple, est-il apte à protéger le constituant victime d'un détournement du patrimoine affecté par le fiduciaire ?

⁶⁶ Loi n° 2007-211, du 19 févr. 2007 : v. surtout art. 2011 et s. C. civ., sur lesquels v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n°s 252 et s., p. 404 et s.

⁶⁷ C. KUHN, « Une fiducie française », *Dr. et patr.*, avr. 2007, p. 33.

⁶⁸ V. *supra*, n°s 285 et s.

595 L'article 314-1 du Code pénal permet techniquement, dans sa rédaction actuelle, de protéger le propriétaire originaire d'un bien après et malgré le transfert de propriété de celui-ci. Toutefois, une telle application ne participe certainement pas de sa *ratio*, l'abus de confiance ne se légitimant pas par la nécessité de sanctionner une simple atteinte à la bonne foi contractuelle⁶⁹. C'est pourquoi la Cour de cassation se refuse invariablement à une telle interprétation de l'incrimination⁷⁰, et c'est sans doute également la raison de la présence, au sein de la proposition de loi instituant la fiducie, d'une modification de l'article 314-1 ayant pour objet l'insertion dans ce dernier texte d'une référence spéciale au fiduciaire⁷¹. Malgré cela, l'écrit finalement adopté ne comporte aucun renvoi direct au Code pénal. Ne pouvant, dès lors, puiser les raisons de cette absence au sein même du texte, il ne reste opportunément qu'à les appréhender contextuellement. En premier lieu, il semble que tout ait été fait en amont pour éviter la commission d'un abus de confiance. Le choix du fiduciaire, notamment, ne pouvait originairement s'exercer qu'au sein de personnes morales sûres, parce que soumises à des contrôles récurrents⁷². Pourtant, cela ne signifie pas qu'il est inenvisageable que l'une d'entre elles manque à son engagement. L'encadrement prévu par la loi a, en effet, pour contrepartie les pouvoirs importants concédés au fiduciaire. De plus, la pratique du droit pénal des sociétés a démontré que la réglementation de ces dernières incitait plus souvent à la dissimulation, qu'à la prise en compte immédiate des infractions⁷³. Il apparaît donc nécessaire, en second lieu, de vérifier que l'incrimination d'abus de confiance est applicable à la fiducie.

596 La responsabilité pénale des personnes morales est désormais généralisée⁷⁴, la limitation de la qualité de fiduciaire à celles-ci ne représentant pas, ainsi, un obstacle à une éventuelle

⁶⁹ V. *supra*, n^{os} 182-183.

⁷⁰ V. par ex., encore dernièrement, Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n^o 48 ; Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n^o 194 ; *supra*, n^o 182.

⁷¹ V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, présentée par le sénateur P. MARINI, *Annexe au procès-verbal de la séance du 8 févr. 2005*, Sénat, session ordinaire de 2004-2005, art. 30 : « *Le début du premier alinéa de l'article 314-1 du code pénal est ainsi rédigé : " L'abus de confiance est le fait par une personne, y compris un fiduciaire, ... (le reste sans changement). "* ». Le premier projet de loi concernant l'institution de la fiducie, déposé le 20 février 1992, prévoyait même la création d'un « *abus de confiance fiduciaire* » : v. C. PISANI, « La fiducie », in *Deffrénois*, 1990, n^o 34772, p. 538 et 541.

⁷² L'article 2015 du Code civil donnait une liste de personnes morales, celles-ci étant toutes soumises à l'obligation d'établissement de comptes annuels conformément aux dispositions des articles L. 123-12 à L. 123-15 du Code de commerce. Le constituant devait également être une personne morale « *soumise[...] de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés* » (art. 2014 C. civ.), sans doute pour éviter qu'une personne physique n'utilise la technique fiduciaire pour détourner les impositions sur les mutations à titre gratuit. – A propos de ces garanties, et sur toutes les autres, v. surtout F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷³ V., par ex., la jurisprudence concernant la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux : *supra*, n^o 102.

⁷⁴ V. art. 121-2 C. pén.

répression. De plus, alors même qu'elle était très vraisemblable, l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques a finalement été réalisée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008⁷⁵. Le seul véritable problème pour l'application de l'abus de confiance semble donc résider dans l'existence d'un transfert de propriété entre le constituant et le fiduciaire.

597 En réalité, si le fiduciaire devient véritablement propriétaire des biens ainsi transmis, il n'en acquiert pas pour autant la jouissance⁷⁶. Celui-ci est, en effet, frappé d'une incapacité de jouissance, « *analogue à celle qui borne l'activité juridique des tuteurs* »⁷⁷. Il ne peut donc jamais acquérir à titre personnel un élément du patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire que son pouvoir de disposer des biens qui le composent est annihilé par la loi. Sa propriété n'en reste pas moins réelle : comme une personne, par exemple le quasi-usufruitier, peut disposer du bien d'autrui sans en être le propriétaire⁷⁸, le propriétaire d'un bien peut ne pas en avoir la disposition, par exemple lorsqu'il s'agit – corrélativement – d'un nu-propriétaire⁷⁹. Simplement, cette propriété est affectée, toute aliénation d'un bien contenu au sein du patrimoine fiduciaire devant s'opérer dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire désigné, qu'il s'agisse du constituant ou d'un tiers. Dès lors, en considération de la seule finalité de la fiducie, il apparaît au moins possible de concevoir un abus de confiance : le fiduciaire qui acquiert personnellement l'un des biens qui lui sont confiés commet certainement une appropriation frauduleuse⁸⁰. Cependant, il est nécessaire, afin que puisse s'appliquer le droit pénal, qu'à cette figure d'infraction corresponde une structure technique précise.

⁷⁵ « *De modernisation de l'économie* » : v. art. 18. La présente réforme a été mise en place par le biais de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, « *portant diverses mesures relatives à la fiducie* », qui a également, en sus de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, « *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* », apporté davantage encore de souplesse.

⁷⁶ Art. 1596, al. 6, C. civ. : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : [...] les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire* ». L'interdiction s'applique, selon la jurisprudence, à toutes les ventes : v. CA Paris, 12 nov. 1964, *D.*, 1965, p. 415.

⁷⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 272, p. 431. – Adde F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n°s 114 et s., p. 121 et s.

⁷⁸ En ce sens, B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, thèse, Paris XI, 1999 ; F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métémpsycose de la valeur) », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 605 et s.

⁷⁹ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n°s 338 et s., p. 497 et s.

⁸⁰ Comp. B. DE LAMY, « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », *D.*, 2005, juris. p. 414, à propos de Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218 : « [...] a, sans doute, été déterminant pour les Hauts magistrats le fait que le salarié ait accepté une mission et violé la confiance de son employeur en détournant un projet dont il n'était que le détenteur, ce qui correspond bien au comportement incriminé ».

598 L'abus de confiance suppose, en principe, que son auteur soit le détenteur précaire du bien remis, puis détourné⁸¹. Or, malgré l'existence d'une affectation, la fiducie repose sur le transfert de propriété des biens du constituant au fiduciaire. Ainsi, à l'inverse d'un détenteur qui ne pourrait faire que ce qui lui a été expressément autorisé, le fiduciaire dispose d'une liberté dont l'étendue n'est bornée que par des interdictions précises⁸². Le juge pénal ne confondant généralement pas propriété et détention, quel que soit leur objet⁸³, il semble alors que l'abus de confiance n'ait pas vocation à protéger le bénéficiaire d'une fiducie.

599 Toutefois, ce n'est pas tant la situation juridique précise des protagonistes qui importe au juge pénal ou, plus exactement, sa cause, que l'existence d'une hiérarchie de droits sur les biens concernés, puis de son irrespect par l'auteur de l'infraction. Plus précisément, le sommet de la hiérarchie doit constituer en un droit de propriété, et c'est la seule atteinte portée à ce dernier qui déclenche la répression. Ainsi, il n'est pas inédit qu'un propriétaire puisse commettre le détournement d'un bien sur lequel il possède une forme d'exclusivité. L'indivisaire qui dispose frauduleusement d'un bien indivis sans le consentement de ses coïndivisaires commet, selon la Cour de cassation, un abus de confiance⁸⁴. Ce qui est alors sans doute déterminant correspond à la *ratio* même de l'incrimination : l'auteur a agi au détriment du droit de propriété d'autrui, qu'il s'agisse de la propriété de l'indivision-personne morale ou de celle, encore potentielle, de l'indivisaire auquel le bien sera finalement alloué. L'altérité, condition même de toute infraction contre les personnes, n'est donc pas appréciée par rapport à l'auteur et à la teneur de ses droits, mais plutôt par rapport à la chose et aux droits qui l'assujettissent⁸⁵ ; il faut mais il suffit que cela soit aussi la chose d'autrui. De plus, même s'il semble qu'un simple concours de droits identiques sur une chose suffise alors, à condition cependant qu'il s'agisse de droits de propriété, il est possible de reconstituer une hiérarchie selon la teneur des droits concernés. En effet, tant pour l'indivision que pour la fiducie, à un droit provisoire et affecté, répond un droit plus pur, de vocation définitive, et ne s'exerçant

⁸¹ V. *supra*, nos 182 et s.

⁸² Comp. M. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, p. 444, n° 2 : « *La différence essentielle entre la propriété et tout autre droit réel, c'est donc que le droit de se servir de la chose est d'un côté la règle et de l'autre l'exception. [...] Sur la chose, le propriétaire peut tout excepté certains actes ; le titulaire d'un autre droit réel ne peut rien excepté certains actes* ».

⁸³ V., par ex., Cass. crim., 9 juill. 1953, *D.*, 1953, p. 556 : le créancier qui reçoit une somme d'argent en gage commet un abus de confiance s'il en dispose ; il n'en est pas propriétaire. V., aussi, Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *supra* nos 351-353 : le simple dépositaire de titres au porteur ne peut en disposer librement. Malgré le caractère fongible de ces biens, il n'en devient pas propriétaire.

⁸⁴ V. Cass. crim., 7 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 265 ; *supra*, n° 184.

⁸⁵ L'ancien français « altrui » signifie « bien du prochain ».

que pour lui-même⁸⁶. Enfin, l'existence et la notion même de patrimoine d'affectation impliquent que les biens confiés n'entrent jamais dans le patrimoine personnel du fiduciaire : l'analyse faisant du patrimoine d'autrui l'objet du dommage provoqué par une infraction contre la propriété confirmerait donc également la possibilité d'un abus de confiance fiduciaire.

600 PRET DE CONSOMMATION ET DROIT PENAL. – *A fortiori*, ces considérations doivent conduire à la remise en cause de certaines solutions adoptées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. En premier lieu, il faut ainsi, certainement, reconsidérer le refus de cette dernière d'appliquer l'incrimination d'abus de confiance en matière de prêt de consommation.

601 En ce domaine, et, de façon plus générale, en ce qui concerne tout contrat censé opérer un transfert de propriété, le refus de la Cour de cassation prend désormais la forme d'un principe fréquemment réaffirmé : « *l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire* »⁸⁷. Pour autant, cette règle ne tire pas de cette formulation succincte et sans nuance de véritable force, sa réitération n'étant en réalité que la conséquence d'une résistance récurrente des juges du fond⁸⁸. Quittant alors le domaine de la forme pour celui du fond, il faut bien reconnaître que certains arguments sérieux abondent en faveur de ces derniers. Tout d'abord, ne peut-on pas concevoir le prêt de consommation comme une fiducie innommée ? En vertu de l'article 1892 du Code civil, ce contrat est celui « *par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* », et, ajoute l'article suivant, « *par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée* ». Dès lors, comme pour la fiducie, un transfert de propriété s'opère, mais l'horizon de l'acquéreur reste borné par une restitution inéluctable. Toutefois, avant même de poursuivre sur cette voie, il faut reconnaître que cette assimilation apparaît finalement de bien peu de poids, reposant exclusivement sur le rattachement à une hypothèse déjà fortement prospective : le juge pénal consacrerait-il l'abus de confiance fiduciaire ? Quoi qu'il en soit, d'autres raisons militent en faveur de l'ouverture de l'abus de confiance au prêt de

⁸⁶ En ce sens, R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 65, p. 370 ; R. OLLARD, *op. cit.*, n° 129, p. 96-97.

⁸⁷ Cass. crim., 14 févr. 2007, préc. ; Cass. crim., 5 sept. 2007, préc. ; Cass. crim., 19 sept. 2007, inédit, pourvoi n° 06-86343.

⁸⁸ *Contra*, sur l'interprétation, mais suivant le même constat : D. REBUT, « Incompatibilité absolue de l'abus de confiance et de la remise de la propriété », in *D.*, 2008, juris. p. 959 : « *La fermeté avec laquelle elle l'a exprimée s'apparente même à un véritable rappel à l'ordre adressée aux juridictions du fond auxquelles la chambre criminelle semble enjoindre de mettre fin à cette application erronée du délit* ».

consommation, et semblent de surcroît plus déterminantes encore. Mais elles reposent sur une analyse peu attendue du contrat, en vertu de laquelle celui-ci n'impliquerait nullement un transfert de propriété.

602 Deux décisions rendues par la Cour de cassation, en matière de protection des propriétés immatérielles, poussent notamment à explorer en ce sens. Dans un arrêt du 12 novembre 1998, la 1^{ère} Chambre civile a, tout d'abord, posé que le détenteur d'un portefeuille de valeurs mobilières, universalité de fait, pouvait disposer des éléments qui le composent, alors qu'il n'en était pas propriétaire⁸⁹. En conséquence, « *il est loisible au détenteur d'une chose fongible d'en disposer sans en avoir la propriété* »⁹⁰. Dans un arrêt du 30 mai 1996, la Chambre criminelle a, ensuite, sanctionné les dirigeants d'une société de Bourse qui avaient disposé de titres au porteur dont elle était simplement dépositaire, malgré le fait qu'il s'agissait de biens fongibles⁹¹. Ainsi, le détenteur d'une chose fongible qui en dispose sans en avoir la propriété commet, parfois, un abus de confiance. La détention d'une chose fongible n'en fait donc pas nécessairement acquérir la propriété, et le véritable et unique propriétaire de celle-ci reste alors protégé, par le biais de l'abus de confiance, d'une éventuelle appropriation frauduleuse par son détenteur.

603 Le prêt de consommation peut, malgré ce que pose le Code civil, s'opérer sans transfert de propriété. Plus encore, c'est sans doute en raison de la méconnaissance d'anciennes controverses que les rédacteurs du Code ont adopté cette solution qu'ils pensaient incontestée⁹². Pourtant, en la matière, le transfert de propriété n'est qu'une technique parmi d'autres et, au demeurant, pas nécessairement la plus pertinente. Ainsi, en remontant à la cause du recours à ce mécanisme, il est possible d'envisager une alternative.

604 Les choses concernées par le prêt de consommation « *se consomment par l'usage* », naturellement ou juridiquement. Par conséquent, l'utilisation de ces choses dites « consommables » provoque nécessairement une atteinte à leur substance, qui semble alors rendre impossible le principe même du prêt : la restitution de la chose confiée. A partir de là, la solution qui consiste à faire du détenteur précaire un propriétaire paraît tout d'abord idéale, en ce qu'elle semble permettre de résoudre le problème, tout en fournissant une explication au

⁸⁹ Préc.

⁹⁰ F. ZENATI, *op. cit.*, n° 4, p. 608.

⁹¹ Préc. : v. *supra*, n°s 351-353. V. également Cass. crim., 17 oct. 1973, *Bull. crim.*, n° 362 : sanction du détournement, par un mandataire, de sommes qui lui ont été remises à ce seul titre ; Cass. crim., 30 juin 1991, inédit, pourvoi n° 91-81794 : confirmation de la qualification d'abus de confiance à propos de l'éventuel détournement, par un notaire, de sommes qui lui ont été remises au titre d'un mandat.

⁹² V. F. ZENATI, *op. cit.*, n° 2, p. 606-607.

pouvoir de disposition de l'emprunteur. Cependant, elle est, en soi, au moins insuffisante, puisqu'elle astreint à assortir le transfert qui s'opère d'une obligation de restitution. Finalement, elle comporte deux anomalies sérieuses : le soi-disant propriétaire est doublement enserré. D'un côté, son pouvoir de disposition prend plutôt la forme d'un devoir : il est tenu de consommer la chose ou, plus exactement, ne peut l'utiliser qu'en la consommant. De cette utilisation seule est, en effet, tributaire la qualification du bien, la consomptibilité n'étant pas une notion naturelle, particulièrement lorsque l'objet du prêt est une somme d'argent. Or, si le bien n'est pas consommable, il ne s'agit plus d'un prêt de consommation, mais d'un commodat. D'un autre côté, l'emprunteur est tenu de restituer la chose, expression même de la précarité de son emprise sur cette dernière. N'existe-t-il alors pas meilleure explication que le transfert de propriété ?

605 Le prêt de consommation postule une restitution d'« *autant [de choses] de même espèce et qualité* ». Dès lors, si ce qui justifie la spécificité du contrat est le caractère consommable des choses prêtées, ce qui lui permet de s'exécuter est leur caractère fongible, c'est-à-dire leur interchangeabilité avec d'autres choses, de mêmes espèce et qualité⁹³. La fongibilité, sans laquelle la consomptibilité est inconcevable, permet en effet un remplacement de la chose, condition préalable de sa restitution. De la sorte, la chose peut survivre à sa consommation, son renouvellement constant, par le biais d'un ou de plusieurs équivalents, assurant sa pérennité⁹⁴. Le seul problème qui demeure alors est celui de l'identité entre la chose remise et la chose restituée ou, dans une optique exclusivement pénale, la chose détournée⁹⁵. Mais il est aisé à résoudre, si l'on veut bien admettre que la permanence de l'assiette du droit est assurée par le mécanisme de la subrogation réelle⁹⁶. A ce propos, sans doute est-il profitable de rappeler que, malgré l'absence d'un texte l'y autorisant expressément, le juge pénal ne répugne pas à reconnaître les manifestations de cette technique⁹⁷. En vertu de celle-ci, le bien consommé va être remplacé, à plus ou moins long terme⁹⁸, par un autre bien, qui va alors

⁹³ Sur la fongibilité, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 152, p. 240 ; *supra*, n°s 351-353.

⁹⁴ Comp. F. ZENATI, *op. cit.*, n° 8, p. 612-613, à propos du « quasi-usufruit ».

⁹⁵ Sur la nécessité d'une identité entre objet remis et objet détourné, v. *supra*, n°s 217-218. – Adde V. MALABAT, obs. sous Cass. crim., 5 sept. 2007, préc., in *Rev. pénit.*, 2007, p. 910-911 : l'auteur en tire cependant comme conséquence l'inapplicabilité de l'abus de confiance au prêt de consommation. Pour un constat similaire, v. R. OLLARD, *op. cit.*, n°s 133 et s., p. 98 et s.

⁹⁶ Comp. F. ZENATI, *op. cit.*, n° 25, p. 625-626.

⁹⁷ V. *supra*, n°s 348-350.

⁹⁸ Voir F. ZENATI, *op. cit.*, n° 26, p. 626 : entre la disparition de la chose et son remplacement, le droit ne disparaît pas définitivement. « *La résurrection du droit par le rétablissement de son objet est reconnue par la loi positive en matière de servitudes (C. civ., art. 704) et peut être considérée comme un principe général. Pour ce qui est du droit de propriété [...], une solution analogue se dégage de la jurisprudence de l'étang de Napoléon (Cass. civ. 3^{ème}, 29 févr. 1968, D., 1968, p. 454) ».*

emprunter son statut. Il va l'être d'autant plus aisément que l'équivalence impliquée par la fongibilité facilite une telle opération.

606 Bien que l'explication semble suffire à démontrer, à la fois, l'inutilité et l'inadéquation du recours au transfert de propriété, il est possible, à l'invitation d'un auteur, de chercher l'objet permanent du prêt de consommation, c'est-à-dire « *l'entité transcendante qui [...] survit* » à la chose qui disparaît⁹⁹. Seule une abstraction, exprimée en espèce et qualité, demeure effectivement du début à la fin du contrat. L'objet de ce dernier pourrait alors être perçu comme une chose de genre, c'est-à-dire une chose envisagée de façon générique, dont l'assise réelle serait continûment assurée par la subrogation¹⁰⁰. Plus audacieusement encore, il pourrait s'agir d'une valeur réifiée, piste vers laquelle semble conduire la prépondérance de la monnaie dans le prêt de consommation, et dont il a déjà été démontré, par ailleurs, qu'elle dépassait la prospective¹⁰¹. Quoi qu'il en soit finalement, c'est assurément d'un objet plus intellectuel que matériel, dont il est question.

607 Pour conclure sur ce point, le juge pénal peut d'autant plus faire sienne cette analyse qu'il fonde ses décisions sur l'appréciation de faits juridiques. Ainsi, il n'est pas tenu par la qualification civile du prêt de consommation, à laquelle il ne fait d'ailleurs pas référence dans ses derniers arrêts rendus en la matière¹⁰². Enfin, une telle solution pourrait être étendue, en raison de leurs liens étroits, à tous les cas de détention de choses fongibles ou consommables. L'abus de confiance aurait alors vocation à protéger, par exemple, le propriétaire qui concède un « quasi-usufruit »¹⁰³, ou encore, comme a déjà pu l'affirmer la Cour de cassation, celui qui accorde une subvention en assortissant sa dotation d'une obligation de restitution pour l'excédant versé¹⁰⁴. L'excédant n'est, en effet, pas concerné par le transfert de propriété, et peut donc faire l'objet d'un détournement. Poursuivant cette lecture critique des décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation à l'aune de la fiducie, il faut peut-être, en

⁹⁹ F. ZENATI, *op. cit.*, n° 28, p. 628.

¹⁰⁰ En ce sens, F. ZENATI, *op. cit.*, n°s 29-30, p. 628 et s.

¹⁰¹ En ce sens, v. les auteurs cités par F. ZENATI : *op. cit.*, n°s 30 et s., p. 629 et s. Il semble concevable que la fiducie et l'universalité reposent également sur une telle transcendance. – Dans un sens proche, v. C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ*, 1999-3, n° 15, p. 694. – Sur la valeur et son appréhension par le droit pénal, v. *supra*, n°s 303 et s.

¹⁰² Cass. crim., 14 févr. 2007, préc. ; Cass. crim., 5 sept. 2007, préc. ; Cass. crim., 19 sept. 2007, préc.

¹⁰³ En ce sens, v. F. ZENATI, *op. cit.*, n°s 2 et s., p. 606 et s., spéc. n° 11, p. 615 : « *En matière de dépôt, la Cour de cassation a rejeté l'argument des intermédiaires agréés auxquels sont confiés des titres au porteur le droit de se prévaloir de la fongibilité de l'objet de dépôt pour pouvoir en disposer. Tout permet de penser que les juges répressifs adopteraient une attitude analogue en cas de détournement par le quasi-usufructier de la chose et plus généralement dans le cas où cette attitude serait adoptée par tout détenteur d'une chose fongible ou consommable* ».

¹⁰⁴ Cass. crim., 26 sept. 1996, inédit, pourvoi n° 95-82745.

second lieu, reconsidérer le refus de cette dernière d'appliquer l'incrimination d'abus de confiance aux donations avec charge.

608 DONATION AVEC CHARGE ET DROIT PENAL. – La donation avec charge diffère des mécanismes précédents en ce qu'elle n'implique pas une obligation de restitution. De plus, d'une part, elle se distingue précisément du prêt de consommation, le transfert de propriété étant alors certain et, d'autre part, elle se différencie précisément de la fiducie, ce transfert ayant vocation à être définitif. En revanche, l'affectation du ou des biens donnés que postule la charge, ainsi que l'existence possible d'un bénéficiaire autre que le donateur, sont des caractères qui la rapprochent de la fiducie. Ainsi, il est concevable qu'un donataire détourne le bien qu'il a reçu de l'affectation voulue pour lui par le donateur, et que le donataire a nécessairement acceptée afin que la donation soit valable. La situation posée par l'incrimination d'abus de confiance est alors en présence, l'application de l'infraction étant donc envisageable¹⁰⁵. Toutefois, en raison principalement du particularisme très marqué des actes à titre gratuit et, spécifiquement, de ce type d'actes à titre gratuit, il est finalement difficile d'assurer que cette figure d'infraction peut se consolider en une véritable infraction. Afin de le savoir, ou, du moins, d'autoriser la prospective, il convient de s'intéresser à ce qui marque le plus la particularité d'une telle opération, c'est-à-dire à la charge.

609 Les articles 900-2 à 900-8 du Code civil, qui régissent la révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités, « *expriment une véritable théorie institutionnelle de la charge* »¹⁰⁶, à laquelle il semble possible de s'agréger pour étudier la notion. En premier lieu, l'opposition entre conditions et charges est intéressante : alors que la condition fait naître une obligation personnelle au donataire, quelle qu'elle soit, la charge fait naître une obligation réelle, c'est-à-dire qu'elle le contraint dans son utilisation d'un ou de plusieurs biens donnés. En second lieu, l'existence de ce versant purement passif implique nécessairement celle d'un versant actif, c'est-à-dire celle du titulaire d'un droit sur la ou les choses ainsi grevées. Mais ce constat simple se complique rapidement, lorsqu'il s'agit de déterminer tant le titulaire du droit, que sa teneur.

610 Prérogative s'exerçant sur la chose d'autrui, puisque le transfert de propriété s'est opéré, sans doute peut-on y voir, dans un premier temps, un droit réel. Rien n'empêche, effectivement, le

¹⁰⁵ En ce sens, v. par ex. C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, n° 29, p. 322-323 ; W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, « Abus de confiance », n° 40, p. 7.

¹⁰⁶ B. ANCEL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 900-2 à 900-8, « Donations et testaments. – Révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités », n° 4, p. 4.

propriétaire d'une chose de stipuler en sa faveur un droit réel au moment où il l'aliène. Tel est notamment le cas, pour rester dans le domaine des actes à titre gratuit, de la donation avec réserve d'usufruit¹⁰⁷. Cependant, si tel est également le cas de la donation avec charge, le droit concédé est alors particulier. Il a, tout d'abord, une teneur obligationnelle inhabituelle, puisqu'il peut consister, pour le propriétaire, en une obligation de faire un usage précis de la chose. Ce caractère n'est, toutefois, pas entièrement discriminant du droit réel, certaines servitudes prédiales obligeant le propriétaire du fonds servant à l'exécution de travaux nécessaires à l'effectivité du service rendu par son bien. En revanche, plus dirimante semble la vocation de ce droit à ne s'éteindre qu'avec la chose grevée. Pourtant, là encore, outre que ce qui n'est alors qu'une possibilité peut être écartée par les contractants eux-mêmes, cette vocation recoupe celle de certaines servitudes, voire celle d'autres droits réels moins notoires¹⁰⁸. Enfin, dernière anomalie rapidement identifiable, même s'il n'est pas dérogoatoire que l'utilisation du bien bénéficie à un autre que le titulaire du droit réel, par exemple si ce dernier est un mandataire, il s'agit, pour la donation avec charge, de favoriser un intérêt plutôt qu'une personne. Mais cet obstacle n'est, de nouveau, qu'apparent, le droit français ayant tendance à personnaliser chaque intérêt, – derrière chaque intérêt se cache donc une personne¹⁰⁹ –, et l'existence même d'un bénéficiaire n'étant, de toute façon, pas inhérente à la notion de droit réel. Ainsi, il n'apparaît donc pas inconcevable que le droit dont s'agit constitue un droit réel. En vertu de cette analyse, il ne peut alors pas y avoir abus de confiance, l'incrimination n'ayant vocation qu'à protéger le propriétaire d'un bien.

611 Le cumul de ces particularités pousse cependant à poursuivre un peu plus l'étude de la donation avec charge. Ainsi, une seconde approche paraît envisageable, en vertu de laquelle le donateur resterait propriétaire de l'une des utilités du bien objet de la charge, plus précisément celle que constitue passivement la charge. De la sorte, l'irrespect de sa volonté concernant cette utilité pourrait être sanctionnée par le biais de l'incrimination d'abus de confiance. En faveur de cette thèse, on peut notamment avancer, outre le lien déjà mentionné entre la vie du droit et celle du bien, les modalités de révision d'une charge, celles-ci demeurant étroitement tributaires de la volonté du donateur. En premier lieu, il ne peut y avoir révision de la charge

¹⁰⁷ V. art. 949 C. civ. – A ce sujet, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 296, p. 459.

¹⁰⁸ V. par ex. Cass. civ. 3^{ème}, 18 janv. 1984, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 mars 1992, *Bull. civ.* III, n° 73 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 183 : « un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion ». – Ce droit est cependant polémique : v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 313, p. 473 et s.

¹⁰⁹ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 et s., *passim*.

stipulée dans l'intérêt de ce dernier¹¹⁰. En second lieu, et principalement, c'est seulement « *en s'inspirant de l'intention du disposant* »¹¹¹, « *en rapport avec la volonté du disposant* »¹¹², en maintenant « *l'appellation que le disposant avait entendu donner à sa libéralité* »¹¹³, et en vue d'un rétablissement de sa volonté initiale, si celui-ci est possible¹¹⁴, que la révision doit s'opérer. Cette survie de la volonté du propriétaire, logiquement assurée par ses héritiers¹¹⁵, semble alors faire de ce dernier le véritable et seul maître de la charge. Toutefois, à l'aune des nombreuses incohérences qu'implique finalement une telle analyse, il n'apparaît pas que le sujet ainsi considéré puisse simplement être un propriétaire.

612 Tout d'abord, la propriété d'une seule utilité de la chose n'est plus vraiment concevable depuis le Code civil, qui a justement fait de la notion de bien une totalité indivisible¹¹⁶. Ensuite, si le donateur est propriétaire, c'est que le donataire est titulaire d'un droit réel, celui-ci présentant alors autant d'anomalies que le droit précédemment décrit. Enfin, s'il s'agissait de propriété, les héritiers ne devraient pas avoir à faire respecter la volonté de leur ascendant, mais la leur, en vertu du transfert qui s'est nécessairement produit lors de la mort de ce dernier. De plus, la vision statique de cette volonté, ainsi entretenue, milite plutôt en faveur d'un droit que de la liberté dynamique d'un propriétaire. La thèse de la propriété paraît donc douteuse et, partant, l'abus de confiance semble ne pas pouvoir s'appliquer aux donations avec charge¹¹⁷.

613 CONCLUSION. – A partir du moment où la propriété devient une technique de gestion des biens d'autrui, principalement par l'entremise de la fiducie, le droit pénal doit ajuster ses mécanismes de protection à cette exacerbation contemporaine de la confiance et à cette dématérialisation des avoirs. Cependant, cette adaptation ne doit pas conduire à une

¹¹⁰ En ce sens, v. B. ANCEL, *op. cit.*, n° 13, p. 6.

¹¹¹ Art. 900-4, al. 1^{er}, C. civ.

¹¹² Art. 900-4, al. 2, C. civ.

¹¹³ Art. 900-4, al. 3, C. civ.

¹¹⁴ Art. 900-7 C. civ.

¹¹⁵ Art. 900-3, al. 2, et 900-7 C. civ.

¹¹⁶ V. R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n° 864, p. 668 : « *Le travail de la Révolution passera sur ses " saisines ", supprimées au profit de la notion de bien : il n'y aura plus dorénavant de pouvoirs partiels sur des choses, mais un regroupement de toutes leurs utilités concevables sous la notion juridique de bien* ».

¹¹⁷ En ce sens, mais par un autre chemin, v. R. OLLARD, *op. cit.*, n° 136, p. 101.

dénaturation de ces mécanismes : l'abus de confiance, par exemple, a toujours pour seule fin la préservation de la propriété, pas celle de la confiance en général¹¹⁸.

614 Cette régularité d'une protection pénale de la propriété dépassant alors le patrimoine, dont il est désormais certain qu'il ne constitue pas l'objet du dommage provoqué par les infractions « *contre les biens* », ne remet cependant pas en cause son unité ; tout au plus relativise-t-elle encore plus son importance. Par conséquent, puisque demeure un patrimoine malgré la multiplicité des biens et la multiplication des ensembles, et qu'il apparaît que son utilité ne réside pas, du moins en droit pénal, dans une fonction technique extrinsèque, c'est, une fois de plus et définitivement, vers son contenu qu'il semble falloir se tourner. L'étude de ce dernier paraît effectivement, à l'aune de l'immatériel, être susceptible de jouer, à différents titres, un rôle révélateur.

§ 3. La composition du patrimoine en droit pénal

615 LA TRANSFORMATION DU PATRIMOINE DANS LE DROIT PENAL CONTEMPORAIN ET SES NOMBREUX INTERETS. – La transformation du patrimoine dans le droit pénal contemporain n'a pas qu'un intérêt purement sociologique. Ayant de nombreuses incidences techniques, elle peut, également, être abordée sous l'angle de la théorie juridique¹¹⁹. L'évolution des objets de propriété et, avant tout, leur dématérialisation, a déjà pu démontrer, d'une part, que le juge pénal pouvait valablement et activement contribuer à l'élargissement de la substance patrimoniale par ses décisions et, d'autre part, que le droit pénal était parfaitement apte à protéger la plupart des valeurs appropriées. Plus fondamentalement, en raison de sa spécificité, l'application de la répression au monde de la propriété renseigne, tant sur les caractères des objets ainsi protégés, que sur leur essence. Plus encore, les incidences de ce phénomène dépassent même le monde des choses. Il est, en effet, tout aussi révélateur de la façon dont le droit pénal aborde les biens et, à travers cela, de ce que sont les biens et le droit pénal, que de l'existence et du développement, au sein des objets de propriété, d'un nouveau modèle.

¹¹⁸ *Contra*, Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance : le délit d'abus de confiance », *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 809 et s.

¹¹⁹ Pour le même sujet, mais sous un angle plus substantiel que notionnel, et à propos d'une autre branche du droit, v. bien sûr P. CATALA, *op. cit.*, p. 185 et s.

616 Malgré toutes les directions qui se dessinent alors, deux axes clairs semblent se dégager. En premier lieu, la spécificité de l'approche pénale des nouveaux objets de propriété conduit au constat d'une assimilation des biens, celle-ci permettant d'en chasser le superflu et, partant, d'en dévoiler l'essence (**A**). En second lieu, en filigrane des aspects techniques et théoriques ainsi décrits, apparaissent de nouveaux types de biens qui modifient la composition des patrimoines ; la sociologie de ce phénomène mérite alors d'être au moins esquissée (**B**).

A. Aspects techniques et théoriques : l'assimilation des biens

617 LA SPECIFICITE DE L'APPREHENSION PENALE DE LA PROPRIETE. – Lorsque l'effet prophylactique des incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété a échoué, c'est-à-dire lorsqu'une infraction correspondante a été commise, le juge pénal doit, après avoir constaté son existence, sanctionner l'atteinte portée à la propriété. Il ne peut donc pas se contenter de réprimer un comportement, son action débutant nécessairement par une phase d'interprétation et de qualification, au cours de laquelle il va enregistrer la présence d'un bien, c'est-à-dire d'une propriété¹²⁰.

618 Ces deux fonctions, l'une préalable à la sanction, l'autre proprement sanctionnatrice, ne sont pas propres au juge pénal : sur d'autres fondements, le juge civil les exerce également. En revanche, la matière pénale imprime une véritable spécificité à chacune d'entre elles. Principalement, l'objet de propriété n'est pas perçu de la même façon en droit pénal et en droit civil : alors que le second distingue, le premier assimile, cette approche épurée permettant de dégager l'essence de la notion de bien.

619 UNE VERITABLE ASSIMILATION DES BIENS. – En droit civil, la notion de bien autorise l'assimilation juridique de toutes les choses appropriées : « *un œuf ou un bœuf, mais aussi les usines Renault, un billet de 100 F, l'étang de Ville d'Avray* »¹²¹ ou encore une information sont tous, malgré leur hétérogénéité, des objets de propriété. Cependant, le régime des biens reste, en partie, tributaire de la nature des choses. Par exemple, un bien ne constitue jamais véritablement, en soi, un meuble ou un immeuble ; c'est la chose qu'il représente alors qui est, ontologiquement, mobile ou immobile. Ce qui distingue un bien d'un autre ne semble donc pas propre au bien, mais à la chose. A ce sujet, particulièrement topiques sont les biens

¹²⁰ V. *supra*, n^{os} 58-61.

¹²¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n^o 707, p. 1592.

incorporels qui, peu à peu, provoquent un ajustement du droit à leurs nombreuses particularités, notamment leur difficile possession¹²². Toutefois, la prise en compte de tels objets n'en demeure pas moins, invariablement, un choix du droit : c'est, en effet, parce qu'il existe un intérêt proprement juridique à la distinction des meubles et des immeubles que le législateur a choisi de la rendre effective¹²³. De même, l'appréhension physique des biens incorporels s'avère, la plupart du temps, possible par le biais du support qui le représente ; dans ce cas, à quoi donc sert la reconnaissance de leur indépendance ?¹²⁴ Il semble ainsi, qu'en droit civil, il n'y ait finalement ni assimilation totale des choses, ni assimilation totale des biens.

620 Le droit pénal, en revanche, a vocation à s'appliquer indifféremment à tous les biens. C'est, tout d'abord, ce qui s'infère de la généralité de l'article de principe en matière de protection de la propriété : l'article 311-1 du Code pénal prohibe, en effet, toute « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Ensuite, même lorsque le législateur a préalablement fait le choix de distinguer au sein des textes, les taxinomies ainsi produites restent alors purement déclaratives¹²⁵. Preuve en est, par exemple, qu'en matière d'extorsion et de chantage, en partie, mais surtout en matière d'escroquerie et d'abus de confiance, l'une des catégories s'avère apte à englober toutes les autres : un « bien quelconque », ce peut au moins être une valeur ou de la monnaie¹²⁶. De plus, ces distinctions essentiellement pédagogiques ne sont même pas utilisées par le juge pénal à ce dernier titre : il est, effectivement, difficile de systématiser les décisions intervenant en droit pénal de la propriété par le biais d'une référence autre que celle de l'infraction, c'est-à-dire, en somme, celle de l'atteinte. Pourtant, l'effectivité de la classification du Code pénal n'est, au regard des réalités de l'appropriation, pas inconcevable, et l'atteinte ne fait d'ailleurs que s'adapter à ces réalités¹²⁷. Au sein des biens, il existe notamment, en effet, des biens-valeurs et des biens-fonds, dont les caractères

¹²² V., par ex., Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : reconnaissance de la création comme un mode d'acquisition originaire de la propriété, car c'est ainsi que l'on acquiert les biens sans corps. – V. *supra*, n^{os} 203 et s.

¹²³ La spécificité de l'immeuble, par exemple, a provoqué une littérature foisonnante : v. par ex. R. LIBCHABER, *op. cit.*, n^o 877, p. 677-678.

¹²⁴ V. *supra*, n^{os} 371 et s.

¹²⁵ En ce sens, v. R. GARRAUD, *op. cit.*, n^o 2565, p. 364 : « *Nous estimons, contrairement à l'opinion la plus généralement admise, que l'énumération, par l'article 405, des objets dont l'escroc veut obtenir la possession par ces manœuvres frauduleuses, a un caractère simplement démonstratif* ».

¹²⁶ V. art. 312-1 et 312-10, *in fine*, et art. 312-12-1, 313-1 et 314-1 C. pén.

¹²⁷ V. *supra*, n^{os} 164-169.

propres permettent certainement de justifier une approche particulière¹²⁸. Mais le juge pénal ne considère que le bien.

621 En droit civil, les caractères d'une chose peuvent intellectuellement être écartés au profit d'un seul, qui va alors permettre de la comparer avec d'autres choses : sa valeur. La comparaison pouvant ainsi conduire à une équivalence, on dit de ces choses qu'elles sont fongibles¹²⁹. L'existence d'un dénominateur monétaire facilite et étend la fongibilité, cet attribut de la monnaie la rendant, paradoxalement, à la fois proche des autres biens, et spécifique parmi tous les biens¹³⁰. Or, ce qui est fongible est, dans un certain sens, assimilable.

622 Cependant, ce n'est pas exclusivement et, plus encore, pas principalement par le prisme de la valeur que le droit pénal aborde les biens. En effet, s'il prend en compte la valeur, c'est soit comme constituant la cause d'une appropriation, soit comme étant un bien, soit encore comme représentant une technique qui permet de faciliter la répression¹³¹. Dans cette optique, en droit pénal, la monnaie constitue avant tout, du moins du point de vue de l'objet qu'il convient de préserver, une valeur comme une autre, un bien parmi les autres. A cela s'ajoute que, non seulement, la fongibilité ne paralyse pas la mise en œuvre de la répression¹³², mais surtout, sa prise en compte indifférenciée démontre que, pour le juge pénal, ce n'est ni la nature de la chose qui compte, ni le rapport sous lequel le bien est envisagé. Seul importe donc, en définitive, qu'il s'agisse effectivement d'un bien. En conclusion, le creuset que constituerait le patrimoine en droit civil, puisque c'est lui qui aurait, précisément, vocation à fongibiliser l'ensemble des biens d'un individu, ne semble avoir que peu de réalité, en droit pénal, ce dernier percevant la valeur spécifiquement comme un moyen et, finalement, comme un bien.

623 CONTRIBUTION A L'ANALYSE DU BIEN EN DROIT PENAL : SEULE COMPTE L'APPARTENANCE.

– Cette assimilation des biens par le droit pénal ressemble donc, tout d'abord, à un effet classiquement attribué à la patrimonialité : au sein d'un patrimoine, tout bien est plutôt considéré comme la partie peu différenciée d'un tout, que comme une entité identifiable et isolable. Cependant, un bien patrimonial se définit également, avant même le fait que ce caractère soit partagé par différents objets, par son appartenance à une personne. Il semble

¹²⁸ V., pour une tentative de systématisation au regard de la valeur, *supra*, n^{os} 318 et s.

¹²⁹ V. *supra*, n^{os} 351-352 ; 603.

¹³⁰ Sur la monnaie, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, coll. Bibl. dr. privé, t. 225, LGDJ, 1992 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n^{os} 671 et s., p. 1527 et s.

¹³¹ V. *supra*, n^{os} 308 et s.

¹³² V. *supra*, n^{os} 351-352.

donc que, la thèse du patrimoine ayant démontrée ses nombreuses limites, seul ce dernier critère soit véritablement pris en compte par le juge pénal.

624 Si le droit pénal, au stade de la constitution de l'infraction, considère identiquement chaque bien, quel qu'il soit, c'est qu'il ne focalise que sur ce qui est commun à tous les biens, c'est-à-dire l'appartenance. Cette exigence explique également que le juge n'ait pas besoin de connaître l'identité du propriétaire de la chose pour sanctionner le coupable¹³³. Une appartenance est, en effet, nécessaire ; mais elle est suffisante¹³⁴. En matière d'appropriation frauduleuse, le droit pénal perçoit le bien uniquement comme le substratum du droit de propriété dont il constitue l'objet¹³⁵. En conséquence, l'utilisation de tout bien contre la volonté de son propriétaire suffit, à condition bien sûr de démontrer les autres éléments constitutifs de l'infraction, à matérialiser une atteinte pénale à la propriété. Le critère préalable de préservation d'une chose par le biais des incriminations considérées est donc sa réservation exclusive. Toute chose appropriée peut, alors, prétendre à cette protection.

625 Sans préciser encore les causes premières de l'intervention du droit pénal dans le domaine de la propriété¹³⁶, il reste peut-être, très prosaïquement, à mieux comprendre la spécificité de l'approche du bien par le juge pénal : alors que la notion a, en théorie, un contenu similaire en droit pénal et en droit civil, le juge pénal constate l'appartenance plus aisément et plus promptement que son homologue civil. Il semble effectivement, qu'en droit pénal, la relation exclusive entre une personne et sa chose soit tellement importante, que son existence permette même parfois d'occulter ce qui justifie qu'une telle relation existe, c'est-à-dire l'utilité de la chose ou, plus exactement, de rendre plus lâche le lien entre utilité et appropriation. Par exemple, le juge pénal a déjà sanctionné l'atteinte portée à la propriété de pigeons¹³⁷, de copies d'examen¹³⁸, de chair humaine¹³⁹, de stupéfiants¹⁴⁰, ou encore d'objets funéraires¹⁴¹,

¹³³ Il suffit de constater que la chose ne pouvait pas appartenir à celui qui l'a prise : v., par ex., Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318 : les prévenus se sont appropriés « *des objets qu'ils savaient ne pas être abandonnés* », ainsi, « *abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à la qualité de propriétaire des défunts, la cour d'appel a caractérisé [...] le délit de vol* » (nous soulignons). Pour une affirmation de principe de l'indifférence de la détermination du propriétaire, v. Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376. – V. *infra*, n° 814.

¹³⁴ Pour un constat similaire, mais seulement pour le vol, v. D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2005, n°s 116 et s., p. 86 et s.

¹³⁵ V. *supra*, n°s 15 et s.

¹³⁶ V. *infra*, n°s 798 et s.

¹³⁷ CA Dijon, 12 oct. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 2, p. 961 et s.

¹³⁸ CA Paris, 24 juin 1965, *JCP*, 1966, II, 14700, note D. BECOURT.

¹³⁹ Trib. correc. Fort-de-France, 22 sept. 1967, *JCP*, 1968, II, 15583, note P.-G. BISWANG : mise en cause de deux individus cherchant à se procurer des morceaux de corps humain, afin de rendre des coqs de combat invincibles. Il n'y a finalement pas eu condamnation, car les prévenus se sont volontairement désistés après le

considérant donc à chaque fois qu'il s'agissait de choses appropriées. L'inventaire est loin d'être exhaustif, mais il peut se résumer en une formule simple, déjà employée par la Cour de cassation : « *la loi punit la soustraction d'une chose, quelle qu'elle soit, si elle appartient à autrui* »¹⁴². Toutefois, malgré cette affirmation de principe conforme à l'esprit de l'incrimination de vol, il apparaît nécessaire de concéder que les appartenances alors concernées, pourtant véritables conditions d'application des incriminations, ne sont pas vraiment démontrées par le juge pénal, qui se contente généralement de s'assurer qu'il n'y a pas propriété de l'auteur de l'infraction. De même, si la théorie peut, sans nul doute, pour chacune de ces solutions, apporter une explication à l'existence d'une appartenance, celle-ci intervient la plupart du temps postérieurement, toujours par le biais de la doctrine. Cependant, il faut également limiter ce constat au vol, les incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance postulant, parce qu'elles concernent des situations plus complexes, une qualification précise des droits de chacun sur la chose, notamment le droit de propriété.

626 Outre une évidente consécration de l'exclusivité comme caractère essentiel de la propriété, ces solutions démontrent surtout l'approche concrète opérée par le juge pénal, ce dernier faisant pratiquement de l'appartenance une notion souple et propre à chaque affaire. Le juge pénal raisonne au cas par cas, recherchant plutôt *a posteriori* l'atteinte portée à une relation exclusive entre une chose et son maître, que l'existence *a priori* de l'ensemble des caractères généralement attribués à la propriété. C'est pourquoi il n'hésitera pas, en principe, à voir en une valeur présentement protégée par la seule responsabilité civile, un bien protégeable par le droit pénal. C'est pourquoi également il apparaît si ouvert au domaine de l'immatériel.

627 En premier lieu, cette approche peut s'expliquer par son objet : le juge pénal vérifie, avant tout, qu'une personne a agi sans droit. Il caractérise donc le bien à travers l'atteinte, induisant ainsi souvent qu'une propriété existe du seul fait que l'auteur de l'infraction ne pouvait être le maître juridique de la chose qu'il a appropriée. En second lieu, la prohibition et la sanction des appropriations frauduleuses ont toujours évolué en parallèle – c'est-à-dire sans qu'existe de véritable croisement – à la théorisation de la propriété. Historiquement, elles l'ont même précédée¹⁴³. Par conséquent, le droit pénal du vol – au sens large – s'est construit à partir d'une notion originelle, épurée, de propriété, et ne l'a jamais vraiment abandonnée. En droit

commencement d'exécution. V. aussi Trib. correc. Nice, 22 déc. 1952, *D.*, 1953, juris. p. 139 et s. : condamnation pour vol de parties d'un cadavre.

¹⁴⁰ Cass. crim., 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148 ; Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340.

¹⁴¹ Cass. crim., 25 oct. 2000, préc.

¹⁴² Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403.

¹⁴³ V. *supra*, n° 131.

romain, l'*actio furti* a même, un temps, été en concours avec les actions réipersécutoires, ces dernières ayant seules pour objet la restitution de la propriété dissipée¹⁴⁴ : d'une part, la sanction de l'atteinte portée à l'exclusivité, d'autre part, le rétablissement de l'assiette de l'exclusivité. Ainsi confiné, mais libéré de la théorie, le droit pénal peut agir à la fois comme un révélateur et comme un innovateur. C'est précisément ce qu'il a fait en matière de propriétés immatérielles.

628 UNE INCOHERENCE CONSTANTE : L'EXCLUSION DES IMMEUBLES. – En contrepoint total avec son approche des biens, ainsi qu'avec sa déclaration de principe audacieuse en matière de biens incorporels, le juge pénal refuse invariablement que l'immeuble puisse être l'objet direct d'une appropriation frauduleuse¹⁴⁵. Plusieurs raisons expliquent toutefois cette position. La première est d'ordre contextuel. Historiquement, le droit pénal de la propriété n'a pas toujours ignoré l'immeuble. En droit romain, les actions possessoires, qui concernaient alors tant les meubles que les immeubles, pouvaient dégénérer en poursuites criminelles¹⁴⁶. Durant l'ancien droit, l'usage se perd de la voie civile en matière mobilière, qui devient donc exclusive à l'immeuble¹⁴⁷. A partir de ce moment, seules des infractions spéciales vont protéger l'immeuble, le droit civil étant considéré comme suffisant pour remplir cet office¹⁴⁸. Ces exceptions mises à part, se crée ainsi une véritable corrélation entre les divisions du bien et les divisions du droit¹⁴⁹, renforcée par le Code civil de 1804 qui assure la promotion de l'immeuble et laisse le meuble au sort du commerce et du droit pénal. Reste que, sous bien

¹⁴⁴ Voir P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2003 (texte de la 8^{ème} éd. de 1929, revue et mise à jour par F. SENN), p. 438-439.

¹⁴⁵ Pour la déclaration de principe, v. Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338 ; pour le refus, v. Cass. crim., 10 oct. 2001, *Bull. crim.*, n° 205 : « *l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque, à l'exclusion d'un immeuble* » ; Cass. crim., 14 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-83707 : « *en l'état de ces énonciations, qui n'établissent pas que l'abus de confiance a porté sur des fonds, valeurs ou biens susceptibles de détournement, remis à titre précaire, et alors que ne peut être réprimée l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* » ; Cass. crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 124 : « *l'article 405 du Code pénal exclut de ses prévisions la remise d'un immeuble ou de prestations de service* ».

¹⁴⁶ Voir M. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, 1780, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, III, p. 249. Celui-ci précise également que, en droit canonique, il n'existe pas de distinction entre l'usurpation des meubles et celle des immeubles : « *ce Droit veut qu'on ne considère point tant la chose dérobée, que l'intention de celui qui dérobe* » (*ibidem*, titre VI, chap. I, III, p. 251-252).

¹⁴⁷ *Ibid.*, chap. I, V, p. 253.

¹⁴⁸ L'ancien droit réprimait ainsi, par exemple, le fait de déplacer des bornes pour agrandir son héritage : *ibid.*, chap. II, § V, art. I, II, p. 279. – V. désormais, par ex., art. 313-6-1 C. pén. : sanction du fait de mettre à disposition d'un tiers le bien immobilier d'autrui sans son autorisation, c'est-à-dire du stellionat.

¹⁴⁹ La corrélation peut, semble-t-il, être étendue à des branches plus spécialisées : le droit commercial n'est-il pas le droit du fonds de commerce, et le droit pénal des sociétés et le droit de la propriété intellectuelle ne sont-ils pas des droits de l'immatériel ?

des aspects, les actions possessoires ont gardé les stigmates de leur ancienne nature exceptionnellement pénale. Par exemple, la réintégration est la sanction d'une voie de fait dont la commission trouble tout autant la possession d'un individu que la paix publique. Elle présente donc de nombreuses similitudes avec le vol.

629 La seconde raison est d'ordre technique : un immeuble ne pourrait faire l'objet d'une soustraction ou d'une remise. Concevable pour le vol, à condition de tenir une conception restrictive de la soustraction, cette affirmation est étonnante en matière d'escroquerie et d'abus de confiance, tant il est vrai que le cas de figure est envisageable et, plus encore, s'est déjà présenté¹⁵⁰. De plus, le peu d'affaires alors concernées représente, plutôt qu'un argument à l'encontre d'une évolution de l'interprétation des textes, un solide facteur de sécurité juridique : on n'ouvre pas vraiment la boîte de Pandore¹⁵¹. Au-delà de ce dernier constat, plus opportuniste que proprement juridique, peuvent être présentées des considérations plus techniques.

630 En premier lieu, les incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance sont, dès le texte, parfaitement aptes à régir les appropriations frauduleuses de biens immobiliers. Outre qu'il n'y a donc pas lieu à faire de distinction entre les biens¹⁵², les comportements sanctionnés sont, qu'il s'agisse du détournement ou des manœuvres frauduleuses, adaptables à n'importe quel type de biens. En effet, les manœuvres frauduleuses se situent en amont de la remise et ne nécessitent qu'un lien causal, mais pas matériel, avec cette dernière. Leur rapport à la chose est ainsi très indirect, ne laissant alors présager d'aucun caractère indispensable du bien

¹⁵⁰ V. par ex. Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 235 : le gérant d'une société de construction, faisant passer celle-ci pour viable, obtient par la promesse mensongère d'un paiement normal la remise par des artisans d'immeubles qu'ils ont construits, afin de les livrer à des tiers en contrepartie des paiements convenus. La Cour rejette le pourvoi, car ni la remise d'immeubles, ni celle de prestations de service n'entraient dans « *les prévisions limitatives de l'article 405 du Code pénal* » ; Cass. crim., 27 mars 1995, préc. : rejet du pourvoi, pour les mêmes raisons, alors que les manœuvres frauduleuses avaient ici pour but (efficient) de faire construire un immeuble ; Cass. crim., 23 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 34 : la Chambre criminelle retient que l'escroquerie a pour objet un acte de transfert de propriété à propos d'une personne qui obtient, par le biais de manœuvres frauduleuses, la vente à moindre valeur d'un immeuble ; Cass. crim., 10 oct. 2001, préc. : refus de la sanction, par le biais de l'abus de confiance, du maintien dans un immeuble prêté au-delà du terme convenu ; Cass. crim., 14 janv. 2009, préc. : pas de répression, sur le fondement de l'abus de confiance, du président d'une association qui concède frauduleusement une hypothèque sur un immeuble appartenant à cette dernière.

¹⁵¹ *Contra*, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n° 70, p. 100 ; R. OTTENHOF, obs. in *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 385 et s., *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 108 et s., et *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 852 et s.

¹⁵² Selon R. GARRAUD, l'article 405 du Code pénal pouvait même être interprété comme prévoyant expressément une escroquerie d'immeuble, le mot « fonds » y étant employé à la préférence du mot « deniers », pourtant présent dans l'article 408 concernant l'abus de confiance ; d'un côté le foncier, de l'autre le monétaire : *op. cit.*, n° 2565, p. 364 et s.

approprié frauduleusement¹⁵³. Le détournement représente un comportement plus juridique que matériel et peut, par là même, sans aucun doute s'appliquer à toute propriété, quelle qu'elle soit¹⁵⁴. On ne peut, par exemple, affirmer que l'impossibilité de dissiper un immeuble rend tout abus de confiance impossible à propos de ce dernier. Le fait de détourner est caractérisé dès que l'auteur n'a pas respecté la volonté préalablement formulée par le propriétaire. Il y a donc déjà détournement à garder la jouissance d'un bien après le terme défini par son maître légitime. Or, cette situation est récurrente dans le domaine immobilier¹⁵⁵. Par conséquent, seule la remise, commune à ces deux infractions, semble véritablement poser problème : au même titre qu'on ne pourrait soustraire un immeuble, on ne pourrait vraiment le remettre.

631 En second lieu et principalement, c'est donc la remise et la soustraction qu'il convient d'éprouver. La remise et la soustraction sont des faits juridiques, le juge pénal disposant d'une marge de manœuvre certaine dans son interprétation. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a logiquement choisi de faire de la remise une notion souple et évanescence, et a même un jour pu retenir, sous l'influence d'Emile Garçon, une conception très large de la soustraction¹⁵⁶. A cela, il faut ajouter que le législateur de 1992 a lui-même ouvert, bien qu'à l'invitation du juge, l'escroquerie aux services, donnant alors à la remise toute sa potentialité¹⁵⁷. Dès lors, sous couvert principalement de l'impossibilité d'une tradition comparable à celle des meubles, c'est bien illogiquement que la Cour de cassation refuse, avec constance, l'ouverture de l'abus de confiance et de l'escroquerie aux immeubles.

632 En matière immobilière, chaque règle semble adaptée et propre à la spécificité de l'objet concerné. Ainsi, ce dernier ne pouvant, par exemple, pas être déplacé, ce fut, lorsque les modes d'acquérir la propriété étaient essentiellement formalistes, une « tradition feinte » qui remplaça la traditionnelle remise de la main à la main en vigueur en matière mobilière¹⁵⁸. Apparaissant alors comme l'une des marques de la particularité de l'immeuble, l'existence historique de ce mécanisme fictif est, en réalité, davantage intéressante en ce qu'elle permet d'expliquer ce qu'est véritablement la tradition, pour l'immeuble ou pour tout autre bien.

¹⁵³ Comp. R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 2565, p. 364 : « on peut escroquer un immeuble, parce que l'escroquerie n'est autre chose que l'appropriation du bien d'autrui par des manœuvres frauduleuses ».

¹⁵⁴ Sur le détournement, v. *supra*, n°s 219 et s. ; sur les manœuvres frauduleuses, v. *supra*, n° 211.

¹⁵⁵ Comp. Cass. crim., 10 oct. 2001, préc.

¹⁵⁶ V. *supra*, n°s 190 et s., pour la remise ; n°s 226 et s., pour la soustraction.

¹⁵⁷ V. *supra*, n°s 214-215.

¹⁵⁸ Voir P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. II, *Les biens*, coll. Thémis, PUF, 1961, n°s 152 et s., p. 267 et s.

- 633** En effet, malgré les apparences, l'essor de la tradition marque plus un déclin du formalisme qu'un paroxysme. Au fil du temps, la tradition se développe et s'impose au détriment de modes d'acquérir bien plus formalistes, et son ultime expression est essentiellement fictive : faire comme si il y avait eu tradition¹⁵⁹. Bien que semble, alors, se dégager une évolution claire, du formalisme à l'aboutissement volontariste, c'est dans une notion de synthèse, résultante d'une dialectique subtile entre formel et intellectuel, que l'acquisition conventionnelle de la propriété trouve de tout temps son essence : la tradition civile.
- 634** Tout transfert de propriété contractuel nécessite la rencontre de deux volontés contraires, une personne renonçant à son droit, l'autre établissant un rapport d'exclusivité sur la chose redevenue appropriable¹⁶⁰. Ainsi, il faut s'assurer de la manifestation de ces deux volontés, fonction précise de la notion juridique de tradition. Dans la lignée de l'ancien droit, le Code civil a dématérialisé la tradition, faisant de celle-ci « *une livraison intellectuelle résultant du consentement au contrat translatif* »¹⁶¹. Son article 938 l'exprime bien, qui pose que « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* »¹⁶². La tradition n'a donc jamais disparu, et sa dématérialisation révèle son seul et constant objet : manifester les volontés abdicative et acquisitive nécessaires à un transfert conventionnel de propriété. La tradition feinte de la vente d'immeuble était, en raison de sa nature symbolique, une expression avant-coureur de cette intellectualisation. Or, autant à l'époque que désormais, la tradition est une constante de toute aliénation, de même que la remise qu'elle constitue. On peut donc, encore aujourd'hui, remettre un immeuble aussi bien qu'un meuble.
- 635** A ce sujet, la Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, instituée par le décret n° 96-602 du 3 juillet 1996, « *relatif à l'enrichissement de la langue française* », a notamment proposé le remplacement de l'expression « tradition feinte » par celui de « remise fictive »¹⁶³. La remise d'un immeuble étant ainsi possible, il faut envisager que sa soustraction le soit également.

¹⁵⁹ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 186, p. 295-296.

¹⁶⁰ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 177, p. 280.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 283. En ce sens, v. J.-E.-M. PORTALIS, in J.-G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, t. XIV, Treuttel et Würtz, 1827-1832, p. 145-146.

¹⁶² Nous soulignons.

¹⁶³ Rapport quadriennal 2003-2007, disponible sur le site du Ministère de la Justice (www.justice.gouv.fr), p. 12.

- 636** L'immeuble est, étymologiquement, voué à l'inertie. Sa soustraction, c'est-à-dire son appréhension à l'insu et contre le gré du propriétaire, ne peut donc prendre la forme que d'une usurpation¹⁶⁴. Cette dernière est nécessairement constituée, en raison du caractère instantané du vol, par la prise de possession de l'immeuble, l'impossibilité d'en jouir pour le propriétaire n'en étant alors qu'un effet. Or, il est parfaitement possible d'envisager qu'une personne pénètre frauduleusement chez quelqu'un d'autre aux seules fins de s'y trouver ou d'y demeurer ; c'est, d'ailleurs, le principe même de la pratique du squat.
- 637** Dans un premier temps, il est envisageable de réprimer un tel comportement par le biais de l'incrimination de violation de domicile. Celle-ci prohibe, en effet, « *l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte* »¹⁶⁵. Cependant, l'infraction ne concerne que le domicile et n'a donc, même si cette dernière notion est interprétée concrètement, « *pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation* »¹⁶⁶. Un simple occupant peut même, à l'inverse, être protégé par cette disposition¹⁶⁷. Dans un deuxième temps, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 « *pour la sécurité intérieure* » a créé une incrimination d'occupation illicite du terrain d'autrui¹⁶⁸. Toutefois, celle-ci ne prohibe que l'installation sur un terrain, c'est-à-dire qu'elle ne concerne qu'une partie seulement des biens immobiliers. Dès lors, les immeubles autres que le domicile ou le terrain de quelqu'un ne semblent pas protégés par le droit pénal. Dans un troisième et dernier temps, le droit civil apparaît apte à protéger suffisamment l'ensemble des immeubles. Ainsi, tout possesseur d'un bien immobilier peut tout d'abord, sous certaines conditions, recourir à une action possessoire. Mais il faut alors qu'il démontre une possession paisible d'au moins un an, or celui qui laisse son immeuble vacant ne le possède pas vraiment : il n'en a pas le *corpus*, et son *animus* est

¹⁶⁴ V. *supra*, n° 243 et s. – En ce sens, v. M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, III, p. 249.

¹⁶⁵ Art. 226-4 C. pén.

¹⁶⁶ Cass. crim., 22 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 31 : ne constitue pas l'infraction le fait de s'introduire dans un appartement inoccupé, dépourvu de mobilier, entre deux locations ; Cass. crim., 28 févr. 2001, inédit, pourvoi n° 00-83686 : pas d'infraction à réintégrer une maison d'habitation le lendemain de son expulsion, alors que ce lieu n'a encore jamais été occupé par ses propriétaires ; Cass. crim., 30 oct. 2006, *Bull. crim.*, n° 261 : pas d'infraction à revenir sur un terrain dont on a été expulsé, alors que son propriétaire ne l'a jamais occupé. V. aussi Cass. crim., 26 juin 2002, inédit, pourvoi n° 01-88474 : pas d'infraction à s'introduire dans un château « *ni habité, ni habitable* ».

¹⁶⁷ Cass. crim., 12 mars 1958, *Bull. crim.*, n° 253 : même si l'occupant est légalement déchu de son droit au maintien dans les lieux, un magistrat municipal ne peut, sans commettre ce délit, pénétrer dans les lieux sans titre et par voie de fait.

¹⁶⁸ Art. 322-4-1 C. pén. V. aussi art. L. 126-3 CCH, sanctionnant le fait d'« *d'occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en entravant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou en empêchant le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté* ».

équivoque. Par conséquent, même si ce délai annal ne s'applique pas en cas de voie de fait, la voie du possessoire ne semble pas la plus adaptée¹⁶⁹.

638 La voie du pétitoire, en revanche, est beaucoup plus opportune. Le trouble manifestement illicite que constitue l'usurpation permet, en effet, de justifier une action en restitution fondée sur le droit du propriétaire de l'immeuble¹⁷⁰. Ce dernier va, ainsi, pouvoir obtenir du juge une mise ou une remise en possession effectives, notamment par le biais de l'expulsion des occupants sans droit, au besoin avec le concours de la force publique. L'admission d'un vol d'immeuble serait alors concurrente à une voie civile raisonnablement efficace. C'est donc en surimpression que le droit pénal interviendrait, la pertinence de son action ne devant plus être éprouvée d'un point de vue technique, mais d'un point de vue opportuniste. Or, l'un des fondements de la protection immobilière, lorsqu'elle repose sur la possession, est justement la sauvegarde de l'ordre public, compétence de principe du droit pénal. De plus, la sanction que peut prononcer le juge civil donne au litige, surtout en raison de sa gravité, quelques caractères de la matière pénale¹⁷¹. Enfin, il peut paraître étrange de sanctionner plus gravement celui qui s'approprie frauduleusement le meuble d'autrui, quel qu'il soit, que celui qui s'approprie son immeuble. Le vice technique annoncé est ainsi plutôt, en raison de la valeur constante des biens immobiliers, un vice sociologique.

B. Aspects sociologiques : l'émergence de nouveaux biens

639 L'ESSOR DES BIENS SANS CORPS ET D'UN NOUVEAU MODELE DU BIEN. – Le constat de l'essor des biens incorporels est en passe de devenir un lieu commun au sein de la littérature juridique. Pour autant, l'analyse de cette expansion n'apparaît pas encore inutile, tant l'hétérogénéité semble rester le trait marquant de ces propriétés. De plus, les rapports entretenus par cet essor avec le droit pénal ont, pour le moment, plus été présentés, par la doctrine, en termes de contradiction, que de corrélation.

¹⁶⁹ V. art. 2278 et 2279 C. civ. ; art. 1264-1267 C. proc. civ.

¹⁷⁰ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 196, p. 317-318.

¹⁷¹ Comp. Cour EDH, « *Engel et autres c. Pays-Bas* », 8 juin 1976, § 82 ; « *Öztürk c. Allemagne* », 21 févr. 1984, § 50 : « Pour déterminer le caractère pénal, au sens de la convention, d'une infraction, il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur ; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé ».

640 Pour commencer, il paraît nécessaire de préciser que l'immatériel récemment promu n'est pas celui qui est inhérent à tout système juridique. La nature incorporelle des droits est une évidence de tout temps, seul leur rapport avec la propriété faisant – peut-être – encore débat. De même, il apparaît peu opportun de se pencher de nouveau sur l'essor croissant et constant que connaît ce bien si spécifique qu'est la monnaie. Il ne reste, alors, qu'à insister sur les plus nouveaux des biens incorporels, pour lesquels il s'avère justement que l'intervention du droit pénal est une récurrence. Depuis quelques années, ce dernier contribue itérativement, en effet, à protéger les services et les informations ou, plus exactement, les biens « serviciels » et les biens informationnels. L'étude de chacune de ces espèces de biens a, en soi, déjà été menée¹⁷². Il ne reste alors qu'à en dégager, à l'aune du droit pénal, certains traits communs.

641 En premier lieu, leur apparition est liée aux choix ou aux fatalités économiques d'une société donnée. Comme il a pertinemment été remarqué, « à chaque évolution de la société correspond une notion précise de vol. La société industrielle luttait contre le vol d'objets corporels. Le développement de la société de service avait ensuite entraîné l'apparition de vols de services, réprimés sous la qualification de filouterie. La société de l'information pourrait à son tour engendrer le développement du vol d'information »¹⁷³. De façon plus générale, l'essor des services et des informations correspond à une société où éclate, pour de très nombreuses raisons, le secteur tertiaire. Dans cette optique, l'information elle-même peut être perçue comme l'objet d'un service¹⁷⁴ ayant pour but principal de réduire l'incertitude¹⁷⁵, c'est-à-dire, moins obscurément, de transférer des connaissances¹⁷⁶. En second lieu, mais tout cela est étroitement lié, ces nouveaux biens n'existent que parce qu'une ou plusieurs personnes font acte de création au sens large. Qu'il s'agisse, en effet, de biens informationnels¹⁷⁷, de produits¹⁷⁸ ou de biens industriels¹⁷⁹, l'idée est la même : n'existant pas, telles quelles, à l'état de nature, ces choses sont créées ou façonnées par l'homme. Une

¹⁷² Pour les services, v. *supra*, n^{os} 199 et s. ; pour les informations, v. *supra*, n^{os} 384 et s.

¹⁷³ D. CIOLINO-BERG, « Vol d'informations sur l'Internet », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. n^o 28, p. 22. – Adde T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n^o 19, p. 285 : « En fonction des données culturelles, économiques et sociales qui la déterminent, chaque grande période de l'histoire des sociétés humaines s'articule, notamment, sur un modèle de bien ».

¹⁷⁴ En ce sens, v. P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron. p. 98, n^o 3 : l'information constitue un « produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être l'objet » ; V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, coll. IDA, PUAM, 1999, n^o 390, p. 292-293.

¹⁷⁵ Voir G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G.*, 1996, I, 3895, p. 6.

¹⁷⁶ P. CATALA, *op. cit.*, p. 98, n^o 5.

¹⁷⁷ Voir M. VIVANT, « A propos des " biens informationnels " », *JCP*, 1984, I, 3132.

¹⁷⁸ Voir T. REVET, *op. cit.*, n^{os} 20-21, p. 286-287.

¹⁷⁹ Voir S. BECQUET, *Le bien industriel*, coll. Bibl. dr. privé, t. 448, LGDJ, 2005.

partie du bien, plus ou moins importante, trouve donc son assise dans la personne ; c'est la principale raison de l'apparente inadaptation du régime de ces choses si particulières. Pourtant, ces nouveaux biens peuvent, dans leur écrasante majorité, être l'objet d'un commerce juridique ; c'est même bien souvent la cause de leur appropriation. Plus encore, leur promiscuité avec la personne facilite l'application du droit pénal, un tel bien portant intrinsèquement l'identification de son propriétaire et, partant, de la victime. Si l'on ajoute que, sans doute parce qu'il est tout autant tourné vers la protection de la société, que vers celle de l'individu, le droit pénal n'est pas étranger à la consécration de ces biens, on voudra bien reconnaître l'importance constante de celui-ci dans la définition du domaine de la propriété et, au-delà, la logique intemporelle de son intervention en matière de propriété¹⁸⁰.

642 L'ESSOR DE LA CREATION. – Désormais, les limites de l'appropriation ne sont plus à rechercher dans le donné naturel, mais dans un syncrétisme de l'imagination, de l'envie et du besoin, c'est-à-dire dans l'esprit humain plus que dans les corps au sens large. En parfait parallèle, les comportements délictueux se dématérialisent, l'envie du bien d'autrui étant une constante qui évolue au gré de ce que constituent les biens. Les techniques modernes permettent, en effet, de stabiliser le résultat d'une activité créatrice, quel qu'il soit. Cette nouvelle réalité doit alors être prise en compte par le droit, qui ne fait pas vraiment œuvre originale en reconnaissant et en consolidant l'existence d'une chose et de sa possession par son créateur¹⁸¹. En revanche, la disparition d'un horizon naturel provoque la sollicitation récurrente du juge, et ses corollaires : « *l'activité créatrice est par définition source permanente de nouveauté, donc de changement, donc de désordre* »¹⁸² et d'instabilité. Le droit pénal, droit légal mais judiciaire, est ainsi, ici plus qu'ailleurs, confronté à son essence paradoxale ; le juge répressif, de tous le plus soumis à la loi, est en la matière celui dont l'intervention est la plus prompte et la plus fréquente. Par conséquent, c'est essentiellement à travers ses décisions que le rapport entre un créateur et sa création a finalement pris la forme d'« *un principe d'appropriation par l'auteur ou son ayant-cause, dès la création, de toute production intellectuelle identifiable, isolable et porteuse d'utilité* »¹⁸³. De la sorte, le lien

¹⁸⁰ V. *infra*, n^{os} 819 et s.

¹⁸¹ Comp. P. CATALA, *op. cit.*, p. 97 et s., *passim*.

¹⁸² D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n^o 571, p. 464.

¹⁸³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n^o 69, p. 117-118. V. surtout Cass. crim., 22 sept. 2004 (préc. ; *supra*, n^{os} 203 et s.), ainsi que tous les arrêts ayant conduit à la sanction d'une appropriation frauduleuse d'informations (*supra*, n^{os} 384 et s.). – V. aussi, déjà, CA Paris, 18 déc. 1924, *DH*, 1925, p. 30 : « *le fait de réunir [des informations] en un ensemble ordonné et complet et de les classer en diverses nomenclatures*

génétique entre le créateur et son bien est devenu juridique, la chose obtenue constituant de « *l'activité humaine cristallisée* »¹⁸⁴, c'est-à-dire une union du subjectif et de l'objectif¹⁸⁵. Les limites entre l'être et l'avoir sont donc certainement à repenser, et le cadre trop restreint que constitue le patrimoine montre, une fois de plus, sa relativité, la propriété pouvant s'épanouir en dehors de ce dernier.

643 LA RESISTANCE DE L'IMMEUBLE. – Avant de sortir du cadre patrimonial, il reste, cependant, à préciser qu'une espèce de biens s'y trouvant sans conteste apparaît indifférent aux fluctuations sociales. L'essor de l'immatériel a, en effet, parfois pour conséquence néfaste de dissimuler la constance de l'immeuble. Morceau ou prolongement de la terre¹⁸⁶, refuge de la vie privée, celui-ci a pour particularité d'être, de tout temps et de façon encore croissante, le plus précieux des biens. Le caractère médiat de la protection pénale de l'immeuble est, ainsi, une anomalie tout aussi constante, et les interventions ponctuelles opérées par le législateur en la matière ne constituent pas un palliatif suffisant à l'incohérent refus d'une protection générale, comparable à celle des meubles.

644 CONCLUSION DE L'ETUDE DU PATRIMOINE EN DROIT PENAL. – En conclusion, en droit pénal comme en droit civil, l'étude du patrimoine a essentiellement une fonction explicative, renforcée par la confrontation de ce dernier à l'immatériel. Demeurant le contenant de la plupart des biens, sa mise en valeur permet, notamment et principalement, de révéler l'existence d'une approche pénale originale de la propriété. Toutefois, ne constituant pas le contenant de l'ensemble des biens, sa promotion en tant qu'objet protégé par le droit pénal révèle une insuffisance et invite par là même, soit à abandonner l'approche universelle des biens à travers le patrimoine, soit à la rechercher au-delà de celui-ci, ces deux itinéraires n'apparaissant d'ailleurs pas antinomiques.

comporte un travail important ; le résultat de ce travail, comme celui de toute industrie humaine, donne lieu à un droit privatif, véritable droit de propriété couvert des garanties de la loi ».

¹⁸⁴ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, coll. Quadrige, PUF, 1997 (3^{ème} éd.), p. 153. Sur la genèse de ce lien, v. S. BECQUET, *op. cit.*, n° 101, p. 237 et s.

¹⁸⁵ G.-W.-F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, coll. GF, Flammarion, 1999 (texte de 1821), § 56, p. 131. – *Adde infra*, n° 876 et s.

¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 793, p. 1735.

Section II. LA PROTECTION PENALE AU-DELA DU PATRIMOINE : LE BIEN

645 L'EXTRAPATRIMONIALITE, UNE NOTION RELATIVE ET INSIDIEUSE. – La protection pénale ne semble pas cesser aux frontières du patrimoine. Mais encore faut-il, pour pouvoir s'en convaincre, définir ce que représentent de telles frontières. Difficile dès la théorie, l'exercice devient même périlleux en considération du développement des biens incorporels et de leurs régimes adaptés : « *Sitôt [...] qu'un bien n'a plus la robuste simplicité des choses matérielles, dont l'objectivité évidente et durable s'impose à tous, les attributs ordinaires de la patrimonialité cessent d'aller de soi* »¹⁸⁷. En réalité, comme bien souvent, ce qui s'efface ou s'affaiblit en raison de la particularité de l'objet n'est peut-être, tout simplement, que ce qui n'est pas essentiel. Partant, la prise en compte de l'immatériel, de même que l'approche épurée des biens qu'entretient le juge pénal, aident une fois de plus à mieux comprendre un concept en contribuant à l'effacement de ce qui ne le caractérise pas.

646 En premier lieu, l'extrapatrimonialité ne se résume pas à l'extracommercialité : les biens extrapatrimoniaux peuvent être dans le commerce juridique, ce que démontre, par exemple, la commercialisation croissante des attributs matériels et immatériels de la personne, qu'il s'agisse du sang ou de l'image. Cependant, à l'inverse, tous les biens extracommerciaux sont extrapatrimoniaux, puisqu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucun acte juridique et, notamment, d'une saisie. La catégorie des biens extrapatrimoniaux semble donc subsumer celle des biens extracommerciaux : alors que les premiers se situent en dehors de la pécuniarité, les seconds se situent en dehors du disponible, c'est-à-dire nécessairement, *a majori ad minus*, en dehors de la pécuniarité.

647 En second lieu, et là est l'essentiel, ce qui est en dehors du patrimoine n'en est pas moins susceptible d'être approprié¹⁸⁸ : le droit pénal préserve certains objets malgré leur absence de valeur pécuniaire, par exemple les lettres missives¹⁸⁹. L'extrapatrimonialité se relativise donc, théoriquement, à un principe de gratuité, dont la pratique contribue même, parfois, à effacer les effets¹⁹⁰. Cette notion paraît, ainsi, doublement imparfaite, mais son association avec la

¹⁸⁷ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, n° 25, p. 207.

¹⁸⁸ *Contra*, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, coll. Bibl. dr. privé, t. 489, LGDJ, 2007, n° 28, p. 13 : « *Le bien serait ainsi une chose appropriée et saisissable. Tel est le postulat de cette thèse* ». Mais, comme le reconnaît l'auteur, il s'agit d'un postulat.

¹⁸⁹ V. *supra*, n°s 159, 330 et 338.

¹⁹⁰ En ce sens, concernant la personne humaine, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 266, p. 226 : « *Le principe d'extra-patrimonialité doit donc être relativisé.*

propriété, éclairée par l'immatériel, semble de nature, en raison précisément de son non-conformisme, à fixer plus clairement les caractères propres de chacune.

648 LA PROTECTION DE L'EXTRAPATRIMONIAL PAR LE DROIT PENAL, UN PHENOMENE EXPLICATIF DES RAPPORTS DE LA PATRIMONIALITE ET DE LA PROPRIETE, ET DES CARACTERES DE CHACUNE. – La protection pénale ne cesse pas aux frontières du patrimoine : le juge pénal sanctionne l'atteinte portée à des biens extracommerciaux et extrapatrimoniaux, corporels et incorporels. Ce qui fonde son intervention se situe donc au-delà du patrimoine, ce qui implique tant de préciser ce qui peut alors justifier la répression, que de reconsidérer le rôle joué par la patrimonialité en droit pénal. Se limitant, pour l'instant, à cette dernière fin, l'approche positive qui a précédé doit, désormais, être complétée par une étude antonymique : à quel titre le droit pénal protège-t-il ce qui n'est pas patrimonial et, à travers cela, quels rôles précis jouent la patrimonialité et sa négation en droit pénal ?

649 La doctrine cite généralement un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 5 novembre 1985 pour souligner que la propriété d'un bien est concevable malgré son extracommercialité¹⁹¹, soit, *a fortiori*, malgré son extrapatrimonialité. D'interprétation difficile, cette décision pose au moins le principe d'une protection pénale des biens extrapatrimoniaux, qu'il convient alors de préciser (§ 1). Seule citée, elle n'est pourtant pas isolée : d'autres arrêts rendus par la Chambre criminelle consolident ce principe, puisqu'ils sanctionnent concrètement les atteintes portées à des propriétés extrapatrimoniales, la plupart du temps immatérielles (§ 2).

§ 1. Le principe d'une protection pénale des biens extrapatrimoniaux

650 LA GENERALITE ET L'IMPORTANCE CONSEQUENTE DE LA PROTECTION PENALE. – L'incrimination de vol ne distingue pas entre les choses qu'elle a vocation à protéger ; c'est pourquoi l'examen des décisions rendues par le juge pénal en la matière conduit à une liste d'objets finalement très hétéroclite. Le principe de spécialité des infractions, corollaire du principe de légalité, a pour support l'atteinte, et non son objet qui constitue, au contraire, un pôle de rattachement au sein d'une famille d'infractions¹⁹². Par conséquent, seul le caractère

Il traduit l'extériorité au patrimoine de la personne humaine, mais pas son inaptitude à faire l'objet de rapports pécuniaires ». – Adde E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, thèse, Toulouse I, 2002, n° 64, p. 93-94.

¹⁹¹ V. par ex. F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (7^{ème} éd.), n° 14, p. 20.

¹⁹² V. *supra*, n°s 18, 27 et 112-113.

précisément imposé à une chose par l'incrimination peut commander une exclusion de celles qui ne le présentent pas. En l'occurrence, en vertu de l'article 311-1 du Code pénal, le vol protège la « chose d'autrui », c'est-à-dire la chose qui a été appropriée par autrui. Comme il a déjà été souligné¹⁹³, le texte n'exige donc que l'attache exclusive du bien à un maître, toute autre qualité de la chose restant indifférente.

651 Cette indifférence (A), parce qu'elle apparaît propre au droit pénal et, plus particulièrement, au vol, implique l'importance du droit répressif dans la protection des biens extrapatrimoniaux, qui, en raison de ce caractère, intéressent peu ou pas le commerce juridique, donc le droit civil (B).

A. L'indifférence du droit pénal au caractère extrapatrimonial d'un bien

652 L'APPLICABILITE CERTAINE DU VOL ET SES CAUSES. – « *La circonstance que la chose qui aurait été soustraite serait une marchandise illicite et hors commerce, est sans influence sur la qualification de vol* », a posé la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 5 novembre 1985¹⁹⁴. Le pourvoi prétendait pourtant, *a priori* de façon pertinente, que « *la drogue, marchandise illicite et hors commerce, ne peut légalement appartenir à autrui* ». En effet, le commerce des stupéfiants étant prohibé, quel pouvait être le fondement d'une propriété que l'on ne pouvait acquérir par le biais d'un acte juridique ? Au-delà de ça, la Cour de cassation devait-elle protéger un bien dont la loi postulait l'extracommercialité et, à travers elle, l'extrapatrimonialité ?

653 Contrairement aux apparences, la propriété de la plupart des biens hors commerce est facile à établir. Par exemple, les marchandises contrefaisantes, biens proches des stupéfiants en ce que leur illicéité est aussi l'une des causes de leur extracommercialité, sont appropriées par celui qui les a fabriquées à l'aide de matières premières, elles aussi appropriées¹⁹⁵. Leur appropriation frauduleuse est donc, au même titre et dans le prolongement de celle de ce qui a servi à les fabriquer, parfaitement concevable. A l'inverse, bien que l'illicéité et l'extracommercialité aient des domaines distincts¹⁹⁶, les stupéfiants sont des biens tellement illicites que, non seulement, nul ne peut en disposer, mais encore nul ne peut ne serait-ce que

¹⁹³ V. *supra*, n^{os} 623-627.

¹⁹⁴ Préc.

¹⁹⁵ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n^o 31, p. 70-71.

¹⁹⁶ Voir E. TRICOIRE, *op. cit.*, n^o 15, p. 20-21.

les détenir, ou en faire un usage quelconque¹⁹⁷. Par conséquent, si propriété il y a, celle-ci est alors atrophiée de toute prérogative. De plus, les seuls fondements d'une appropriation sérieusement envisageables, c'est-à-dire la production ou la possession, ne peuvent pas vraiment avoir joué pour de telles choses, fût-ce originairement, une fonction acquisitive. La production et la possession passent, en effet, par l'usage et la détention, or ceux-ci sont en l'espèce illicites. Comment, en considération de ce qui précède, expliquer la décision ?

654 Sans encore recourir à une explication opportuniste, rarement salutaire et, en l'occurrence, peu vraisemblable, la clef peut se trouver dans le mode employé par la Cour de cassation. C'est, en effet, à l'aide du conditionnel que la Chambre criminelle précise que, même si la chose avait été illicite et hors commerce, là n'était pas réellement le problème¹⁹⁸. Il est ainsi saisissant de constater que, sans poser un véritable principe, la Cour livre ici un attendu plus théorique que concret. La qualification précise de la chose n'est qu'une « *circonstance* » sur laquelle le juge pénal n'a pas lieu de se prononcer. En revanche, seule importe « *la qualification du vol* », c'est-à-dire l'existence d'une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Le juge pénal rappelle donc qu'il n'a pas été saisi pour sanctionner une détention illicite de stupéfiants, mais bien une violation de propriété, quelle qu'elle soit. Or, selon lui, tel était bien le cas en l'espèce. Avant de mesurer l'apport de la décision, il reste à préciser ce dernier point.

655 La victime était certainement le maître de fait de sa chose, bien que sa possession fut théoriquement illicite. Mais elle en était surtout, selon la Cour de cassation, le maître de droit. En premier lieu, la solution s'explique, peut-être, par le fait que sa possession n'avait pas encore été déclarée illégale, puisque tel n'était pas l'objet des poursuites. Tout au plus, peut-on concéder que cette possession souffrait au moins d'un vice de clandestinité, la commercialisation frauduleuse des stupéfiants étant tout sauf publique. Cependant, même imparfaite et non « utile », la possession demeure une présomption valable¹⁹⁹. Rien ne semblait donc s'opposer à la reconnaissance d'une propriété selon cette seule preuve. De plus, le caractère illicite d'un bien constitue l'une des conditions pour que l'autorité publique

¹⁹⁷ Art. 222-37, al. 1^{er}, C. pén. (à l'époque de l'arrêt, art. L. 627 et L. 628 C. santé publ.). Le caractère illicite de la détention et de l'usage doit être démontré, puis souligné par le juge pénal : Cass. crim., 8 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 334. Mais il se déduit aisément d'une absence d'autorisation : v. par ex. Cass. crim., 8 avr. 1999, *Bull. crim.*, n° 73.

¹⁹⁸ Le conditionnel se justifie également, mais pas exclusivement, par le fait que la Cour de cassation se prononce sur la légalité d'un arrêt de renvoi. Elle ne s'interroge donc pas sur l'existence de l'infraction, mais sur la possibilité de l'infraction. Aussi précise-t-elle qu'elle « *n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification [...] donnée aux faits justifie le renvoi devant la juridiction de jugement* ».

¹⁹⁹ Cass. civ., 16 avr. 1860, *S.*, 1860, 1, p. 801. Cette présomption a bien évidemment une valeur très relative, et succombera face à une possession utile.

puisse le confisquer, c'est-à-dire procéder à une sorte d'expropriation forcée, au moins provisoire²⁰⁰. Exproprier consistant à priver quelqu'un de sa propriété, l'argument serait déterminant si l'article 131-21, alinéa 7, du Code pénal ne précisait pas, *in fine*, que la confiscation opère « *que ces biens soient ou non la propriété du condamné* ». Pour autant, cette réserve admise, l'argument pèse malgré tout puisque, précisant cela, l'article envisage bien qu'une propriété puisse alors exister, alors même que les seules choses qu'il vise sont « *les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite* ». Une propriété préalable à la confiscation est donc au moins concevable, et le Code pénal reconnaît que son titulaire peut en être le détenteur. Tel était bien le cas en l'espèce.

656 En second lieu, c'est de toute évidence une apparence de propriété qui est consacrée de la sorte. Comme le démontre le rôle purement probatoire éventuellement joué par la possession, cette propriété se fonde plutôt sur la procédure que sur le droit substantiel. Il existe, en effet, un intérêt à agir peu contestable pour la victime et, à travers elle, pour la société. L'intérêt semble, en l'occurrence, présupposer la qualité²⁰¹. Il pourrait donc s'agir de la reconnaissance d'une sorte de propriété procédurale²⁰², pour laquelle l'éventualité du préjudice paraîtrait exceptionnellement, selon une inversion de causalité, engendrer la relation exclusive. Il y aurait là, peut-être, sujet à critique, si tel n'était pas, en définitive, l'un des raisonnements ordinairement mené par les magistrats de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰³. De plus, en l'espèce, la balance des intérêts n'a pu être effectuée que par le Ministère public lui-même, qui a alors considéré que la protection de la propriété constituait une priorité. Une constitution de partie civile n'aurait effectivement pu être formée, sous peine pour son auteur d'être, par la suite, condamné pour détention de stupéfiants. Quel que soit le fondement précis de cette propriété, et indépendamment du fait qu'elle paraissait peut-être contestable en l'espèce, son principe même demeure et peut, désormais, être exprimé.

²⁰⁰ Art. 131-21, al. 7, C. pén. : « *La confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné* ». Une disposition particulière peut alors prévoir la destruction ou l'attribution des biens confisqués : v. art. 131-21, al. 9, C. pén.

²⁰¹ Sur la qualité et l'intérêt, v. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, coll. Thémis, PUF, 1996 (3^{ème} éd.), n^{os} 77 et s., p. 334 et s. ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2006 (3^{ème} éd.), n^{os} 58 et s., p. 58 et s. – V. également *infra*, n^{os} 733 et s.

²⁰² Dans un sens proche, mais étendant ce constat à chaque intervention du droit pénal en matière de propriété, v. D. AUGER, *op. cit.*, n^{os} 114 et s., p. 85 et s. Comp. surtout H. MOTULSKY et sa conception « structurale » du droit subjectif : v. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2002 (texte de 1948), n^{os} 26 et s., p. 29 et s. ; « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Arch. phil. dr.*, 1964, t. 9, *Le droit subjectif en question*, p. 215 et s.

²⁰³ Comp. *supra*, n^{os} 93 ; 327. V. *infra*, n^{os} 850-852.

657 L'incrimination de vol est apte à protéger la propriété d'une chose en dépit de son extrapatrimonialité. Pour un bien, l'extériorité au patrimoine est, outre une conséquence de la nature de la chose qu'il constitue en première analyse, la marque notable d'une protection renforcée. En effet, en contrepartie de la réification effective de certains attributs de la personne, éléments du corps ou de l'esprit humains, la permanence de leur extrapatrimonialité de principe paralyse la fongibilité que provoquerait leur intégration au sein d'un patrimoine et, en conséquence, place ces biens particuliers en dehors du gage général des créanciers. De la sorte, non seulement, l'extrapatrimonialité ne constitue pas un antagonisme à la propriété, mais surtout, elle la renforce plutôt, en empêchant que tout autre que le propriétaire décide du sort du bien de ce dernier. Plus spécifiquement, certains biens extrapatrimoniaux puisent l'origine d'une protection encore plus étendue dans leur extracommercialité, c'est-à-dire, initialement et pour la plupart, dans un antique caractère sacré²⁰⁴. Or, c'est précisément un tel caractère qui a pu constituer, autrefois, une circonstance aggravante du vol, la répression de ce dernier étant alors, non seulement, possible, mais surtout, plus intransigeante²⁰⁵.

658 Ce qui est propre à quelqu'un l'est d'autant plus qu'il ne peut être vendu ; la violation apparaît d'autant plus injuste qu'elle porte, non seulement, sur le lien de propriété, mais surtout, sur le régime que la loi impose alors à cette dernière, par souci de protection de la personne. Le régime dont il est question a, en effet, tout de l'ordre public : en assurant essentiellement une limitation de la réification de la personne, puisque, bien que n'empêchant pas sa commercialisation, au moins partielle, il y apporte néanmoins un important tempérament, l'extrapatrimonialité garantit la permanence de la séparation fondamentale entre sujet et objet de droit²⁰⁶. Dans ce contexte, la répression de la soustraction frauduleuse, principalement, puis celle des autres infractions qui portent atteinte à la propriété, plus accessoirement, paraissent plus capitale encore.

659 LA POSSIBILITE D'UNE AUTRE INCRIMINATION. – *A priori*, il est malaisé d'envisager une escroquerie et un abus de confiance ayant un objet exclu ou relativement fermé au commerce juridique : la difficulté ou l'impossibilité de tout contrat limite ou empêche, en principe, la constitution de ces infractions. Cependant, la Chambre criminelle a posé, à de nombreuses reprises, la relativité des règles contractuelles en matière de droit pénal de la propriété. Ainsi,

²⁰⁴ Voir E. TRICOIRE, *op. cit.*, n^{os} 3 et s., p. 5 et s.

²⁰⁵ V. par ex. M. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, t. I, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. II, § II, art. I, p. 261-262. – V. aussi, par ex., la condamnation, peut-être contestable, d'un recel commis à l'étranger d'œuvres d'art volées dans des églises françaises : Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n^o 224 ; *supra*, n^o 435.

²⁰⁶ V. *infra*, n^{os} 861-864.

outre que la nullité du contrat ne paralyse pas la répression, par exemple, l'inexistence d'un échange préalable de consentements ne représente pas, non plus, un obstacle à la caractérisation de ces délits.

660 Evident pour l'escroquerie, le constat reste, selon la Cour de cassation, tout aussi valable pour l'abus de confiance²⁰⁷. Dès lors, rien ne semble véritablement s'opposer à l'appropriation frauduleuse d'un bien extrapatrimonial par le biais de ces deux infractions. Le juge pénal en a d'ailleurs déjà pris acte, puisqu'il a déjà pu sanctionner, par exemple, le détournement de cigares de contrebande²⁰⁸. En l'espèce, il ne s'agissait effectivement pas de veiller pénalement au respect de la bonne foi contractuelle, le contrat n'ayant, de toute façon, jamais pu concourir au commerce juridique en raison de l'illicéité de son objet. Ce qui est donc protégé, par le biais de ces deux incriminations, c'est bien encore seulement le lien exclusif entretenu entre une personne et sa chose. Comme le démontre la prise en compte pénale des biens incorporels, l'évolution de l'abus de confiance et de l'escroquerie n'est, ainsi, pas le fruit de celle des techniques contractuelles, mais bien plutôt, du moins préalablement, celui de l'évolution du domaine de la propriété. La permanence et la complétude de la protection de la propriété, celle-ci s'étendant même jusqu'aux biens extrapatrimoniaux, constituent deux traits marquants du droit pénal.

B. L'importance du droit pénal pour les biens extrapatrimoniaux

661 L'IMPORTANCE DES BIENS EXTRAPATRIMONIAUX. – L'exclusion ou la limitation du marché sont des protections, de fait ou de droit, auxquelles de moins en moins de biens peuvent prétendre. En effet, en dehors des biens exclus du commerce juridique en raison de leur illicéité, l'extrapatrimonialité de certaines autres choses s'affiche avant tout comme un protectorat qui les préserve de la mercantilisation : cette garantie contre les prétentions hégémoniques de la sphère commerciale permet d'assurer que la volonté seule du propriétaire justifie l'aliénation d'un de ses biens, celle-ci obéissant, pour le moins, à un principe de gratuité ; l'acte ne procède donc alors que d'une intention libérale. Dans certains cas, notamment pour les biens extracommerciaux, il ne peut même pas y avoir aliénation, c'est-à-dire que les choses sont destinées à rester liées à leur propriétaire d'origine.

²⁰⁷ V. par ex., pour la nullité, Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233 ; pour l'échange de consentements, Cass. crim., 18 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 00-82132. – A propos de ce constat, v. *supra*, n°s 178-180.

²⁰⁸ Cass. crim., 9 juill. 1857, *Bull. crim.*, n° 260.

662 Outre que certaines de ces choses participent de la constitution de la personne humaine, par exemple le corps et les droits de la personnalité²⁰⁹, d'autres sont protégées pour des raisons moins évidentes. Les sépultures et les souvenirs de famille possèdent ainsi un régime particulier en raison de leur affectation familiale. En conséquence, toute atteinte portée à leur propriété doit être d'autant plus sanctionnée, que celle-ci est, exceptionnellement, exercée collectivement. De même, tous leurs accessoires empruntent logiquement ce régime. C'est pourquoi il existe bien encore un propriétaire lorsque des objets précieux sont laissés dans des caveaux et des cercueils. Celui qui s'en empare sans droit commet donc un vol²¹⁰.

663 L'IMPORTANCE DU DROIT PENAL POUR LES BIENS EXTRAPATRIMONIAUX. – Dans de tels cas de figure, ce qui est protégé est une propriété exercée dans le seul intérêt de son titulaire, ce qui prouve encore une fois qu'une propriété peut-être entière, même amputée du pouvoir de disposer. N'ayant qu'une vocation limitée à la commercialité, les biens extrapatrimoniaux ont une fonction sociale très réduite, voire inexistante. L'essence de la protection de la propriété, fût-elle pénale, n'est donc pas à rechercher, du moins pas entièrement, dans une quelconque fonction sociale.

664 Le droit pénal s'intéresse à la propriété pour elle-même ; il assure la sérénité de son exercice. De même, bien que dans une autre optique, il a pour vocation de sanctionner un comportement illégal, tout autant que d'en protéger. Le droit civil se désintéresse, pour une large part, des biens en dehors de la sphère pécuniaire ; tout au plus les préserve-t-il de la commercialité. Le droit pénal entretient donc avec la propriété un rapport plus éthéré, puisque sa protection lui importe fondamentalement, bien que pas exclusivement. S'ajoute à cela qu'il n'apparaît pas vraiment du ressort de l'intérêt général de protéger un bien qui ne circule pas. C'est la raison pour laquelle le droit civil a laissé les meubles quasiment libres de droit, à l'inverse du droit pénal, pour lequel ces biens constituent un objet privilégié, pour le coup presque exclusif. Ainsi, le droit répressif semble parfois faire prévaloir l'intérêt du propriétaire sur celui de la société, en contradiction totale avec la fonction qu'il est de coutume de lui attribuer.

665 Sans encore en poser le fondement²¹¹, il faut au moins en tirer les conséquences. Comme l'a démontré son ouverture aux biens incorporels, et comme le confirme sa protection des biens extrapatrimoniaux, le droit pénal est apte à protéger tout type de biens. Toutefois, en raison

²⁰⁹ V. *infra*, n^{os} 667-668.

²¹⁰ Cass. crim., 25 oct. 2000, préc.

²¹¹ V. *infra*, n^{os} 798 et s.

notamment du poids des traditions, ou par une vision trop souvent faussée des ses capacités techniques, sa protection ne se conçoit parfois qu'indirecte.

§ 2. L'existence d'une protection pénale des biens extrapatrimoniaux

666 INCORPOREITE ET EXTRAPATRIMONIALITE. – Si l'incorporéité et l'extrapatrimonialité ont chacune suscité une abondante littérature juridique, il est relativement rare que ces deux concepts soient envisagés de concert²¹². La raison de ce cloisonnement est aisée à déceler : les auteurs répugnent à confondre les personnes et les choses, et les droits qui les régissent respectivement. Or, la doctrine contemporaine a presque exclusivement conçu l'incorporel comme étant la nature de certains biens, et elle a forgé sa vision de l'extrapatrimonial dans un seul sens, en partant de la personne. L'absence de recherche transversale a ainsi conduit à envisager les problèmes selon un seul prisme, soit celui de la personne, soit celui des biens²¹³. Cependant, l'extrapatrimonialité concerne en réalité davantage les biens que la personne, puisqu'elle a pour préalable la réification d'un objet, c'est-à-dire l'extériorité à la personne. Partant, la réunion exceptionnelle de ces deux caractères en un même bien est envisageable, et elle doit, à ce titre, mener à une double interrogation. Cette démarche permet alors d'éviter une confusion entre les caractères incorporel et extrapatrimonial d'un bien, puis de dégager, entre eux, une articulation. Par exemple, la clientèle civile et le nom patronymique ont été reçus difficilement par le droit français en raison de leur trop grande proximité avec la personne²¹⁴. En revanche, c'est la seule incorporalité d'un projet établi par un salarié qui a récemment poussé à s'interroger sur sa nature de bien²¹⁵. Pourtant, tous ces objets n'en font pas moins partie d'un ensemble, dont les deux caractéristiques marquantes, l'immatérialité et l'empreinte indissoluble d'une ou de plusieurs personnes, ne paralysent pas nécessairement l'application du droit pénal.

667 LES DROITS DE LA PERSONNALITE, POSSIBLES OBJETS D'UNE INFRACTION CONTRE LA PROPRIETE. – C'est d'abord à travers l'incorporel que l'extrapatrimonial s'est formé. On trouve, en effet, ses premières manifestations dans la théorie des droits de la personnalité,

²¹² V. toutefois T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992.

²¹³ V. toutefois, rétablissant le lien originel entre les deux notions, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 106, p. 113 : « *Avoir la personnalité juridique, c'est [...], avant tout, être apte à avoir des biens* ».

²¹⁴ V. *supra*, n°s 94-96 (nom) ; 139 (clientèle).

²¹⁵ V. *supra*, n°s 203 et s.

dont l'origine est allemande, suisse, belge et française²¹⁶, et remonte à la fin du XIX^e siècle²¹⁷. Bien qu'il s'agisse déjà, à l'époque, d'un rapport d'exclusivité entre un sujet et certains aspects de son être, le passage par la notion de droit subjectif, plutôt que par celle d'objet de droit, de « bien », a rassuré les juristes français. L'incorporel ne fait donc peur que lorsqu'il revêt une forme inorganisée, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas un droit créé par la loi. A l'inverse, toute consécration légale conduit à ne plus s'interroger que sur la particularité de ce qui est alors engendré, et non plus sur sa réalité.

668 Ces balbutiements ont ainsi conduit, en parallèle d'une intégration aisée dans le système juridique français, à une exagération du caractère dérogoire des droits de la personnalité, celle-ci n'ayant été dénoncée que récemment²¹⁸. Même si la théorie des droits de la personnalité est désormais en pleine reconstruction, il paraît peu concevable, du moins pour le moment, que ces biens précisément soient disputés, lors d'un procès pénal, sur le fondement d'une incrimination dont la cause réside dans la protection de la propriété. En effet, même si rien, dans leur nature juridique, ne semble véritablement s'y opposer, le détournement de l'image ou de la voix de quelqu'un, à l'occasion d'un contrat, apparaissant tout aussi envisageable que, par exemple, la soustraction d'informations personnelles le concernant, l'existence d'incriminations spéciales²¹⁹ interdit, en la matière, le cumul de qualifications. En revanche, en dehors du champ d'application de ces dernières infractions, finalement réduit, tout demeure possible, la réponse donnée par le juge pénal pouvant alors s'avérer similaire à celle qu'il a pu apporter à propos d'un détournement de clientèle.

²¹⁶ Voir B. BEIGNIER, *op. cit.*, p. 44 : « Un peu comme cela arrive souvent dans le domaine des sciences exactes, il n'y a pas vraiment un " inventeur " mais une " invention " ou une " découverte " qui se révèle à plusieurs endroits dans le même temps parce que l'idée est, peut-on dire, dans l'air du temps et que plusieurs esprits s'en préoccupent simultanément ». Ainsi, alors que l'on prête généralement une origine exclusivement allemande à la théorie des droits de la personnalité, Emile BEAUSSIRE a posé, dès 1888, dans son ouvrage intitulé *Les principes du droit* (coll. Bibl. de philosophie contemporaine, Ed. F. Alcan), non seulement que « le droit au respect consacre notre personne, c'est-à-dire notre vie, notre liberté, notre honneur » (p. 50), mais aussi qu'« il consacre aussi notre propriété, c'est-à-dire les choses que nous avons légitimement acquises et qui, par leur union avec notre personne, participent à son inviolabilité » (p. 367). Dès 1888 et, semble-t-il, indépendamment de l'influence d'un quelconque modèle étranger, Beaussire a fait le lien – logique – entre droits de la personnalité et propriété.

²¹⁷ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n^{os} 251 et s., p. 210 et s.

²¹⁸ *Ibidem*, n^{os} 256-257, p. 214 et s.

²¹⁹ V. Livre II, titre II, chap. 6 C. pén. – Ces incriminations souffrent de leur présentation doctrinale traditionnelle : la plupart du temps exposées au sein d'une plus large « protection de l'intégrité morale », les atteintes pénales à la personnalité ne se différencient alors pas de nombre d'autres atteintes et, particulièrement, de celles portées à la propriété. Et pour cause, elles sont précisément des appropriations frauduleuses, dont l'objet seul justifie la singularité.

669 LA CLIENTELE, OBJET AFFIRME D'UNE INFRACTION. – Dans un arrêt non publié du 14 février 2007, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré coupable du délit de banqueroute l'auteur d'un détournement de clientèle²²⁰. Gérant d'une société faisant l'objet d'un redressement judiciaire, celui-ci s'était attribué, par le biais d'un contrat de commodat, la jouissance gratuite de la totalité de la clientèle de la société. L'élément matériel de l'infraction était donc constitué et les juges du fond, dans leur appréciation souveraine, ont bien précisé que « *la volonté d'appropriation de X. se dédui[sait] de ce qu'il a conservé par devers lui cette clientèle sans la rapporter à la liquidation et sans offrir de la racheter* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation a pris acte de la parfaite réification de la clientèle, du moins en matière commerciale : non seulement, elle est un bien, mais surtout, elle est un bien dont on peut jouir et qui produit des fruits. A ce titre, elle peut donc être détournée.

670 Même si la solution ainsi expliquée s'inscrit parfaitement dans une lecture contemporaine du droit commercial²²¹, il est cependant possible de ne pas être totalement convaincu par la détermination de l'objet du détournement. Les fruits produits par l'exploitation semblaient, en effet, le véritable but de l'appropriation frauduleuse, et c'est d'ailleurs leur seul détournement qui a, finalement, conduit à la faillite de l'entreprise. En conséquence, ne s'agissait-il pas plutôt d'un banal détournement de fonds ?

671 En dernière analyse, c'est certainement le cas. Cependant, en remontant la chaîne des causes, afin de savoir quel est le premier objet qui a été détourné, on se rend compte que seule l'existence d'une clientèle autorise une société à produire de véritables fruits. Plus en amont encore, une telle clientèle a nécessairement été précédée par la création d'un ou de plusieurs facteurs attractifs, qui seuls permettent vraiment de l'engendrer. En raison de la valeur de ces derniers et, partant, de leur utilité, il s'agit de biens. En considération de cette nature et de leur rôle premier, c'est leur utilisation frauduleuse qui doit, avant toute autre, être prohibée. En l'espèce, le dirigeant de la société n'a capté l'attention de la clientèle qu'en continuant à agir comme un dirigeant, alors qu'il s'appropriait les fonds ainsi obtenus à titre propre. De plus, c'est la société qui a fourni les prestations attirant les clients et justifiant corrélativement le paiement. Par conséquent, ce que la Cour de cassation, par un raccourci traditionnel, qualifie

²²⁰ Pourvoi n° 06-86721.

²²¹ Pour le législateur, notamment, un fonds de commerce est composé de : « *l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* » (art. L. 142-2, al. 1^{er}, C. com.). – Cet inventaire a d'ailleurs été repris, presque tel quel, dans la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, relative notamment au fonds artisanal (art. 22).

de « clientèle » est en réalité, plus justement, l'ensemble des facteurs attractifs de cette dernière²²². La réification de la clientèle est donc d'autant plus parfaite – et la condamnation d'autant plus justifiée –, qu'elle ne heurte finalement aucun principe.

672 On peut ajouter à cela que, fondamentalement, il semble ne pas en aller autrement des clientèles civiles, l'*intuitus personae* de la relation libérale n'étant qu'un élément attractif parmi d'autres, de surcroît objectivable²²³, qui se dilue la plupart du temps dans un ensemble complexe : le fonds. Simplement, est-il peut-être intéressant de constater à quel point le lien supposé plus ténu avec la personne a provoqué, pour ces dernières, une polémique durable, accompagnée de la construction d'un système au sein duquel, une fois de plus, l'incorporel a sa large part. En effet, la clientèle ne pouvant être l'objet, elle devient la cause d'un contrat de présentation à un successeur, dont l'effectivité est renforcée par l'existence d'une obligation de non-concurrence, sorte de garantie de la « cession » opérée. De la sorte, le seul contentieux éventuel n'a plus trait à l'existence même du contrat, mais à son inexécution. Toutefois, la Cour de cassation a fini par admettre, dans un arrêt notoire rendu le 7 novembre 2000, que la « clientèle médicale » pouvait être cédée à l'occasion de la cession d'un fonds libéral. Stigmatisée de ses positions antérieures, elle a cependant assorti sa décision, bien inutilement et presque contradictoirement, de « *la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient* »²²⁴. Quoi qu'il en soit de ce dernier point, le détournement d'une « clientèle », lorsque celle-ci s'inscrit dans un cadre sociétal, quel qu'il soit, est donc tout à fait possible. L'incrimination d'abus de confiance, telle qu'elle résulte du Code pénal de 1992, paraît même permettre de sanctionner un tel comportement en dehors de l'existence d'un tel cadre. Dès lors, le seul problème qui demeure vraiment est celui du vol.

673 Bien que la soustraction d'une clientèle ne soit pas inenvisageable techniquement²²⁵, le droit pénal s'appose alors en surimpression de la responsabilité civile et, plus précisément, de la concurrence déloyale et du parasitisme. Ces mécanismes ont, en effet, pour objet de réparer les atteintes causées par l'usurpation de la valeur économique d'autrui, quelle que soit la forme que celle-ci emprunte²²⁶. Or, parmi ces formes, figure justement de façon récurrente la

²²² En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 55, p. 101-102 ; E. TRICOIRE, *op. cit.*, n°s 58 et s., p. 81 et s.

²²³ En ce sens, v. P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, *J.-Cl. Contrats-Distribution*, V^{is} Contrat « *intuitu personae* », fasc. 200, n° 4, p. 3, et n° 36, p. 9.

²²⁴ *Bull. civ.* I, n° 283 ; *RTD civ.*, 2001, p. 166 et s., obs. T. REVET ; *Defrénois*, 2001, p. 431 et s., note R. LIBCHABER ; *JCP G.*, 2001, II, 10452, note F. VIALLA. – V. par ex., pour une confirmation, Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 195.

²²⁵ V. *supra*, n°s 243 et s.

²²⁶ V. *supra*, n° 137.

clientèle²²⁷. Par conséquent, à l'inverse de l'appréhension d'un bien incorporel quelconque au-delà du droit, qui ne semble connaître que d'une sollicitude pénale, du moins du point de vue de la responsabilité civile²²⁸, l'appréhension sans droit se conçoit pénale autant que civile. Au stade de l'applicabilité du droit pénal, il n'y a cependant là rien de dirimant, puisque tel est en réalité le cas de toutes les soustractions. Il ne faut donc pas en conclure l'inapplicabilité du droit répressif mais, à l'inverse, tirer toutes les conséquences de son éventuelle application, notamment en ce qui concerne la recherche de cohérence juridictionnelle²²⁹. Le juge pénal a d'ailleurs, en l'occurrence, certainement déjà franchi une étape en ce sens, en remontant la chaîne des causes dans l'arrêt précédemment étudié, plutôt qu'en se contenant, comme il aurait pu le faire, de sanctionner le détournement des fruits produits par l'exploitation. Toutefois, il ne s'en donne pas toujours la peine.

674 L'APPROCHE EXTRINSEQUE DE LA FORCE DE TRAVAIL, CONDITION D'UNE PRISE EN COMPTE

PENALE. – Les limites de l'appropriation provoquent logiquement, par corrélation, celles des mécanismes de protection de la propriété. Qu'il s'agisse, en effet, de basculer vers la protection de la personne, ou encore d'entrer dans un droit spécial des choses qui ne sont pas des biens²³⁰, le régime de la propriété ne se justifie plus. Appliqué au droit pénal, puis présenté à l'inverse, l'évidence de ce constat prend la forme de l'inférence suivante : ce que le vol, l'abus de confiance et l'escroquerie ne peuvent protéger, ne peut être l'objet d'une propriété quelconque. Cependant, il faut alors, pour parvenir à une telle conclusion, que ces trois incriminations, de concert, soient inapplicables. Si l'une seule d'entre elles reste adaptable à la chose concernée, il s'agit encore de propriété. Simplement, le bien ainsi concerné démontre certainement, par les impossibilités techniques qu'il génère, qu'il est un bien très particulier, et qu'il doit donc être considéré et étudié comme tel.

675 La force de travail, c'est-à-dire « *l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles permettant à l'homme de travailler* »²³¹, ne peut juridiquement pas faire l'objet d'une soustraction. Sa consubstantialité à la personne implique notamment, en effet, que son

²²⁷ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 149 : sanction, sur le fondement de la concurrence déloyale, du détournement de la clientèle d'un magasin de sport, par un autre magasin d'enseigne différente, ce dernier ayant utilisé une enseigne évocatrice de celle, notoirement connue, de son concurrent.

²²⁸ Les arrêts précisent, en effet, que la concurrence déloyale et le parasitisme sont des mécanismes subsidiaires, qui ne jouent qu'en l'absence de droit privatif : v. par ex., encore dernièrement, Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 2009, *Bull. civ. I*, n° 18. En présence d'un contrat entre les parties, il existe un droit, nul n'étant donc besoin de recourir à la concurrence déloyale et au parasitisme.

²²⁹ V. *infra*, n°s 827-829 ; 830 et s.

²³⁰ Voir G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *in D.*, 2006, chron. p. 3015 et s.

²³¹ T. REVET, *op. cit.*, n° 5, p. 7 et n° 51, p. 53.

appréhension sans le consentement de la personne dans laquelle elle s'inscrit se définit, en fonction de son intensité, soit comme une restriction, soit comme une privation de liberté. La prévention et la répression de tels comportements ne ressortissent ainsi pas, du moins depuis qu'il existe un antagonisme absolu entre les personnes et les choses, c'est-à-dire depuis la prohibition de l'esclavage, à la propriété. Pour cette même raison, l'atteinte à l'intégrité de la force de travail, bien qu'étant dotée d'une véritable particularité, demeure exclusivement sanctionnée en tant qu'atteinte à la personne²³². La force de travail n'a pourtant pas vocation à rester absolument enfermée dans la personne. La possibilité pour son propriétaire de la négocier la transforme en objet de contrat et, partant, l'objective et l'extériorise²³³. Elle n'en demeure pas moins, pour des raisons aisément compréhensibles, inaliénable²³⁴. De ce fait, au même titre que ne peut être conçue la soustraction d'une force de travail originaire, ne peut être également envisagée la soustraction d'une force de travail acquise à titre dérivé. En revanche, celle-ci pouvant légitimement être l'objet d'un contrat et, plus précisément, d'un contrat de location²³⁵, son détournement par le locataire semble possible.

676 A travers le contrat de travail, le salarié met sa force de travail à disposition de son employeur. Toutefois, cette remise véritable reste nécessairement précaire : en raison de la nature particulière de la force de travail, son appréhension par autrui ne se conçoit que limitée temporellement et matériellement²³⁶. Il y a donc bien alors remise d'une chose réservée à titre précaire, situation qui expose à un détournement postérieur, c'est-à-dire à un abus de confiance²³⁷. Là encore, pourtant, le droit pénal de la propriété ne semble pas avoir droit de cité. Tout abus, par un employeur, dans l'utilisation de la force de travail d'un salarié, est en effet, en première analyse, une atteinte directe envers ce dernier, non une atteinte envers lui à travers sa propriété. Dès lors, c'est principalement par le biais des mécanismes de droit du travail que la sanction doit s'opérer, même s'il existe une répression concevable à travers quelques infractions contre la personne. Par exemple, l'article 225-13 du Code pénal réprime

²³² Voir T. REVET, *op. cit.*, n^{os} 340 et s., p. 378 et s.

²³³ T. REVET, *op. cit.*, n^{os} 73 et s., p. 83 et s. ; n^{os} 237 et s., p. 253 et s.

²³⁴ T. REVET, *op. cit.*, n^o 74, p. 84-85 : « L'engagement à vie éteindrait la subjectivité du débiteur ; il serait réduit à son seul corps ; il ne deviendrait qu'une chose ; c'est pourquoi le contrat de travail ne peut s'analyser en une cession ». – V. aussi n^o 238, p. 254 et s.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ T. REVET, *op. cit.*, n^o 74, p. 84-85 ; n^o 77, p. 89 : « La nécessité de limiter la subordination est [...] affirmée par le Code civil : l'article 1780 préserve, en effet, la subjectivité du locateur de services, puisqu'il empêche son objectivation perpétuelle. Cette exigence révèle, alors, que la force de travail n'est objet de convention que si tout, dans la personne, n'est pas force de travail : dans l'hypothèse inverse, il n'y a plus de personne, donc plus de force de travail ! Dès lors, le débiteur est à la fois sujet et objet ». – V., plus précisément, n^{os} 86 et s., p. 97 et s. ; n^{os} 237 et s., p. 253 et s.

²³⁷ V. *supra*, n^{os} 175 et s.

sévèrement « *le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli* ». Mais, même si le salarié préfère, finalement, s'orienter vers le droit pénal, il ne pourra de toute façon pas fonder sa demande sur l'incrimination d'abus de confiance.

677 Il serait cependant réducteur de limiter la relation de travail à ces deux acteurs. L'employeur d'un salarié peut, ainsi, prendre la forme d'une personne morale distincte de la personne physique qui la dirige. Le salarié est alors juridiquement l'obligé de cette première, mais il reçoit matériellement ses ordres de cette dernière, salarié également, mais disposant en tant que dirigeant d'un pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire d'un ascendant effectif sur les autres employés. Or, un tel pouvoir autorise à beaucoup, et rend tout refus difficile pour un subordonné. De plus, une telle position impliquant généralement la maîtrise quotidienne de deux patrimoines, toute confusion entre ceux-ci, bien que condamnable, reste la plupart du temps malaisée à déceler pour une personne non avertie. Par conséquent, il n'est pas inenvisageable qu'un dirigeant profite de sa position pour ordonner, à l'un quelconque de ses subordonnés, un travail dont il sera le seul bénéficiaire.

678 A la différence des situations précédentes, le salarié n'est pas vraiment la victime de l'infraction. Il est, en effet, rémunéré pour effectuer un type de travail plus ou moins précis, et l'on peut parfaitement envisager, par pur bon sens, que le travail que le dirigeant lui demande d'accomplir reste de ce type ; seul le destinataire change. La victime de ce comportement ne peut donc être que celle qui paye pour recevoir un service en l'occurrence fourni à un autre, c'est-à-dire la personne morale. Or, l'atteinte portée à une telle personne ne peut prendre la forme, en raison de sa nature juridique, que d'une atteinte patrimoniale²³⁸. Il s'agit donc bien, dans cette situation, de sanctionner une appropriation frauduleuse. Toutefois, il faut alors préciser que l'offense ainsi décrite ne semble pas de nature purement pécuniaire, la rémunération des salariés étant une obligation découlant normalement du contrat de travail ; celle-ci ne cause, par là même, aucun préjudice à l'employeur²³⁹. En revanche, la force de travail du salarié n'est pas employée ainsi qu'il était prévu, c'est-à-dire au seul profit de la personne morale. La mise à disposition dont a bénéficié le dirigeant, effective en raison de son pouvoir disciplinaire, mais affectée par la nature de l'objet remis et par le cadre dans lequel s'inscrit la remise, a donc conduit à un détournement de la force de travail du salarié. Il

²³⁸ V. *supra*, n^{os} 70 et s.

²³⁹ Pour un cas concret, v. *supra*, n^{os} 145-147.

ne reste alors qu'à qualifier précisément ce comportement. Si la personne morale est une de celles qui peuvent être protégées par le biais de l'incrimination d'abus de biens sociaux, telle est la qualification à retenir²⁴⁰ ; à défaut, par exemple s'il s'agit d'une association, l'abus de confiance reste applicable. Si la mise à disposition a été obtenue par le moyen de manœuvres frauduleuses, c'est l'escroquerie qui est constituée.

679 Le droit pénal semble donc apte à protéger la force de travail comme un bien, à condition que celle-ci soit parfaitement extériorisée, c'est-à-dire qu'elle soit un objet appréhendé et disputé par deux personnes autres que celle dont elle constitue une partie²⁴¹. Il est également nécessaire, pour que les incriminations s'appliquent, que la personne morale en devienne propriétaire. S'agit-il, dès lors, d'une exception à l'inaliénabilité de la force de travail ? Dans la mesure où le salarié s'oblige, par le biais du contrat de travail, à effectuer une prestation plus ou moins précise, il devient débiteur d'une créance dont l'exécution doit mobiliser ses facultés corporelles et intellectuelles. C'est cette créance particulière, en réalité plus physique qu'immédiatement patrimoniale, dont la personne morale acquiert la propriété, et qui peut à ce titre devenir l'objet d'une infraction. Bien qu'en partie chosifiée, la force de travail ne paraît donc pas pouvoir directement et entièrement être l'objet d'une infraction contre la propriété. Il n'en reste pas moins que le bien alors protégé emprunte sa particularité à la force de travail : corrélativement à la remise, le détournement éventuellement commis porte moins sur la valeur de la créance considérée, que sur l'obligation qu'elle renferme. Malgré ce constat, et à l'encontre de la logique infractionnelle de l'abus de confiance, qui postule notamment l'identité des objets remis puis détournés²⁴², le juge pénal, confronté à une situation similaire, considère que la répression doit s'opérer sur le fondement d'un détournement de rémunération.

680 LA REMUNERATION, PLUTOT QUE LA CREANCE : UN VICE TECHNIQUE. – Dans trois arrêts récents, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a expressément sanctionné le détournement, par le responsable d'une personne morale, des fonds destinés à la rémunération de certains salariés de la personne morale²⁴³. Matériellement, les auteurs de ces infractions

²⁴⁰ V. *supra*, n^{os} 88 et s.

²⁴¹ L'existence d'une relation triangulaire entre un salarié, son employeur et l'utilisateur de la force de travail du salarié permet également la sanction du marchandage et du prêt illicite de main d'œuvre : v. art. L. 8231-1 et s., et L. 8241-1 et s., C. trav. On peut y voir une manifestation de plus de la réification de la force de travail.

²⁴² V. *supra*, n^{os} 217-218.

²⁴³ Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.*, n^o 248 ; Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n^o 220 ; Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi n^o 08-85400 : *supra*, n^{os} 145-147.

avaient, en réalité, utilisé lesdits salariés, soit à des fins personnelles, soit en modifiant l'affectation initialement prévue de leurs tâches. La rémunération, qui avait toujours été destinée à profiter aux employés comme contrepartie de leur prestation, n'avait en revanche jamais été détournée, et au préalable jamais été remise à l'auteur du détournement. Tout au plus pouvait-on prétendre, en considération de ce qui précède, que c'était la créance de travail qui l'avait été, ce qui n'est pas la même chose. En procédant de la sorte, la Cour de cassation a donc fait le choix, compréhensif au demeurant, de ne sanctionner le détournement que d'un objet connu et maîtrisé : la monnaie. Mais elle a surtout, alors, déformé l'incrimination d'abus de confiance, en brisant l'unité d'objet entre remise et détournement, et en rendant, par là même, le lien de cause à effet bien trop lâche, voire inexistant : ce dont la personne morale a été injustement privée est la force de travail de ses employés ; ce qui a été sanctionné est le détournement du salaire qu'elle leur devait. Il ne reste alors qu'à souhaiter que, à l'invitation de certains juges du fond, la Cour de cassation n'hésite plus à réprimer, sans ambiguïté cette fois, tout « *détournement des moyens matériels et humains* » appartenant à une personne morale, par une personne physique salariée²⁴⁴.

681 D'évidence, l'addition des caractères immatériel et extrapatrimonial dans un même bien rend d'autant plus difficile son appréhension par le droit pénal. Toutefois, les réticences ponctuelles du juge pénal ne doivent pas conduire à une déformation des incriminations, d'autant qu'il a déjà su affirmer, puis assumer, que « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* »²⁴⁵.

682 CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : LE BIEN, SEUL OBJET DU DOMMAGE CAUSE PAR LES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE. – En droit pénal de la propriété, l'objet de l'atteinte pénale peut être, indifféremment, un bien corporel ou incorporel, patrimonial ou extrapatrimonial. Une infraction contre la propriété ne cause donc pas, nécessairement, un

²⁴⁴ V. Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi, n° 08-84107 : sanction du responsable salarié du service d'appareillage provisoire d'un centre de rééducation et de réadaptation fonctionnelle pour « *détournement des moyens matériels et humains de son employeur* ». Il avait redirigé les clients du centre vers un prothésiste indépendant, afin que celui-ci confectionne, à l'aide de moulages fabriqués par le salarié, durant ses heures de travail et partir du matériel du centre, leurs prothèses définitives. A cette fin, le salarié a même créé une société pour facturer ses prestations, représentant 30 % du coût des prothèses. – La solution est, à la fois, audacieuse et pusillanime : d'une part, il semble que cela soit sa propre force de travail que le salarié a détourné, ce qui est parfaitement concevable, puisqu'il l'a alors fait durant le temps où la personne morale en disposait de droit, bref durant son temps de travail ; d'autre part, non publié, l'arrêt a été construit exclusivement autour d'un problème de prescription de l'action publique. Belle occasion manquée !

²⁴⁵ Cass. crim., 14 nov. 2000, préc.

dommage au patrimoine de la victime. L'affirmation pourrait sans doute étonner, si l'étude du patrimoine en soi, indépendamment de celle des objets qui ne sont pas susceptibles d'y prétendre, n'avait pas déjà révélé les failles de sa considération en tant qu'objet du dommage.

683 Tout d'abord, il appert que l'unité du patrimoine en droit pénal est relative : de l'impression première, que l'ensemble seul subit l'infraction, puisque, par exemple, l'intégrité d'un bien incorporel patrimonial frappé par une telle atteinte n'apparaît pas inéluctablement modifiée par celle-ci, et que l'étendue du dommage semble pouvoir dépasser la valeur du bien, il reste finalement peu, lorsque l'on constate que, d'une part, ces deux postulats sont faux, l'intégrité n'étant pas une notion matérielle et le dommage n'étant pas le préjudice, et que, d'autre part, la prolifération des biens et des autres ensembles aptes à regrouper ces biens, causée notamment par la dématérialisation, fait déborder la propriété du patrimoine. Ensuite, l'appréhension pénale de cette unité est tout aussi relative : la préservation de l'intégrité du patrimoine, seule manifestation envisageable d'une sollicitude du droit pénal à l'endroit de l'unité de l'ensemble considéré, est la simple conséquence logique de la protection pénale des biens. En effet, si tout bien ne se situe pas dans le patrimoine, le patrimoine, en revanche, ne contient que des biens, la défense de ces derniers lui bénéficiant nécessairement.

684 Pour autant, l'étude du patrimoine en droit pénal n'est pas inféconde. Elle révèle, à l'aune de la dématérialisation, que l'approche épurée des biens, entretenue par le juge pénal, ne procède pas de leur teneur patrimoniale, mais de la technique répressive elle-même, en vertu de laquelle il faut, mais il suffit, qu'une chose soit appropriée pour qu'elle puisse prétendre à une protection pénale. En bref, le droit pénal préserve le lien plus encore que le bien. Dans cette optique, il apparaît incohérent de refuser, encore aujourd'hui, que l'immeuble entre dans le domaine de cette protection.

685 L'existence d'une protection pénale de la propriété des biens extrapatrimoniaux, corporels et incorporels, s'inscrit également dans cette approche épurée et confirme, outre la réalité de cette dernière, que le patrimoine n'est pas l'objet du dommage causé par les infractions contre la propriété. L'appréhension juridique de ces choses particulières est difficile à bien des titres. Il en découle, notamment, un besoin accru de protection, qui rend une telle considération d'autant plus importante. Par conséquent, le juge pénal ayant encore tendance à dissimuler son intervention sous des abords plus classiques, des progrès restent à faire en la matière afin, principalement, de surpasser le lien très fort existant alors entre l'objet ainsi protégé, qui subit donc le dommage, et la personne de son propriétaire, qui subit, corrélativement, un préjudice.

Chapitre 2. La détermination de l'effet du dommage : le préjudice

686 LA NOTION DE PREJUDICE EN MATIERE DE PROPRIETE. – Lorsque la propriété est en cause, le préjudice n'a pas, en principe, à être démontré. Chaque utilisation non autorisée d'un bien constituant déjà, en soi, une atteinte portée à la volonté de son propriétaire, le préjudice est établi – et, partant, la faute de celui qui l'a provoqué – indépendamment de l'existence d'un dommage matériel¹. Toute la particularité de cette approche ne réside donc pas dans l'inexistence d'un préjudice mais, au contraire, dans son automaticité. Il faut, mais il suffit, d'apporter la preuve qu'un tiers n'a pas respecté la volonté d'un propriétaire dans l'utilisation de l'un des biens de ce dernier.

687 LA NOTION DE PREJUDICE EN DROIT PENAL DE LA PROPRIETE ET SON EVOLUTION A L'AUNE DE LA DEMATERIALISATION. – La défense pénale des biens reste, en première analyse, une protection de la propriété. Par conséquent, l'approche pénale du préjudice ne diffère pas fondamentalement, lorsqu'il s'agit de propriété, de son approche civile : de l'atteinte se déduit également le préjudice. En revanche, le droit pénal s'oppose foncièrement, par sa nécessaire rigueur textuelle, à la souplesse de la responsabilité civile. Corrélativement, son approche du préjudice est plus construite.

688 Considéré abstraitement, le préjudice participe de l'opération d'incrimination, puisque c'est à la fin d'éviter la production d'un préjudice précis que le législateur érige un fait donné en infraction². Considéré concrètement, toute infraction cause au moins un préjudice social, par la violation qu'elle constitue d'une norme préalablement posée. La plupart du temps, elle provoque également un préjudice individualisé. C'est pourquoi, alors que le Ministère public est, sauf exception³, apte à déclencher seul les poursuites pour n'importe quelle infraction,

¹ V. Trib. civ. Caen, 28 avr. 1929, *La Loi*, 11 oct. 1929 : un propriétaire est fondé à demander réparation en raison d'une immixtion non autorisée par un tiers, même en l'absence de dommage des suites de cette immixtion ; Cass. civ., 12 déc. 1893, *DP*, 1894, 1, p. 241, note L.-C.-A. BEUDANT : allocation de dommages-intérêts au propriétaire sur le terrain duquel un tiers a stationné sans autorisation ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 juin 1995, *Bull. civ.* II, n° 222 : « un propriétaire, même s'il ne réside pas dans son fonds, est recevable à demander qu'il soit mis fin aux troubles anormaux de voisinage provenant d'un fonds voisin ». – Dans toutes ces situations, le dommage est soit minime, soit inexistant ; le préjudice ne résulte que du non-respect de l'affectation d'un bien par son propriétaire.

² En ce sens, v. par ex. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979, n° 360, p. 238.

³ V., par ex., art. 226-6 C. pén. : « Dans les cas prévus par les articles 226-1 et 226-2 [sanctionnant respectivement l'« atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui » et le recel du produit de cette infraction],

seuls ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par une infraction sont titulaires d'une action civile⁴. Alors que le préjudice abstrait semble donc exclusivement ressortir au droit pénal substantiel, jouant en son sein un rôle figé et, par là même, restreint, le préjudice concret paraît dépendre davantage du droit pénal procédural, qui seul autorise différentes interrogations, par exemple concernant sa fonction et son contenu. Ce schéma classique est, toutefois, partiellement remis en cause, en raison de la prise en compte croissante de la dématérialisation des objets de propriété par le droit pénal.

689 D'un point de vue substantiel, en effet, l'exigence du préjudice survit, parfois, à l'opération de définition pour apparaître au sein même du texte d'incrimination. Devenant alors une condition de la responsabilité pénale, son constat par le juge doit compléter celui des autres éléments de l'infraction, afin que la répression s'opère. Cependant, la pratique jurisprudentielle a quasiment fait de cette condition une clause de style. Il semble qu'il ne reste désormais, en matière de propriété, qu'un dernier îlot d'effectivité de la notion : la matérialisation d'un préjudice permet de compenser l'immatérialité de l'objet protégé.

690 D'un point de vue procédural, l'ubiquité des propriétés immatérielles, notamment, provoque un enchevêtrement de détenteurs et de bénéficiaires aux droits divers et, en conséquence, une multiplicité d'intérêts à agir en cas d'atteinte. Il apparaît donc nécessaire de sérier ces intérêts, afin d'identifier quels sont les seuls titulaires légitimes de l'exceptionnelle action civile, et, parmi eux, qui aura le droit de participer au procès pénal.

691 PLAN. – La dématérialisation des biens a, ainsi, deux incidences principales sur la notion de préjudice en droit pénal : elle assure sa promotion en droit pénal substantiel (**Section I**), et souligne son importance en droit pénal procédural (**Section II**).

Section I. LA PROMOTION DU PREJUDICE EN DROIT PENAL SUBSTANTIEL

692 LES DEUX FONCTIONS DU PREJUDICE EN DROIT PENAL SUBSTANTIEL DE LA PROPRIETE. –

L'importance du préjudice semble, en droit pénal de la propriété, inversement proportionnelle à la matérialité du bien considéré. N'ayant jamais joué le rôle d'élément constitutif que certaines incriminations paraissent lui attribuer, le préjudice est généralement révélé par

l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit ». En pratique, le Parquet exige même une plainte avec constitution de partie civile.

⁴ Art. 2, al. 1^{er}, C. proc. pén.

l'atteinte. Ce constat, déjà fort de sens en ce qu'il dévoile de la technique infractionnelle, explique pourtant le désintérêt assez majoritaire de la doctrine pour cette notion⁵. Il n'est, ainsi, pas certain que l'on ait suffisamment pris conscience du poids de la relation entretenue entre le préjudice et l'atteinte. De plus, l'exigence d'un préjudice réapparaît avec acuité, plus ou moins explicitement, lorsqu'il s'agit, pour le juge pénal, de sanctionner l'atteinte portée à un bien incorporel. En effet, le contour d'un objet sans corps se dessine souvent mieux à la lumière du vide qu'a laissé son appropriation frauduleuse. Le préjudice devient alors le révélateur de l'infraction, plus encore que sa conséquence.

693 Au regard de la dématérialisation des biens, qui conduit donc à souligner un aspect jamais étudié de la notion de préjudice en droit pénal, deux fonctions de la notion semblent cohabiter. En premier lieu, le préjudice est révélé par l'atteinte, parce qu'il entretient avec cette dernière un lien constitutif : ils ne peuvent exister l'un sans l'autre (§ 1). En second lieu, pour cette même raison, le préjudice peut, *a posteriori*, jouer le rôle de révélateur de l'atteinte, principalement lorsque celle-ci n'est pas suffisamment matérialisée (§ 2).

§ 1. Le préjudice révélé par l'atteinte

694 LE CONCEPT D'ATTEINTE EN DROIT PENAL DE LA PROPRIETE. – L'atteinte est l'effigie sociale de l'infraction. Si elle ne se distingue pas juridiquement de cette dernière, – c'est pourquoi elle ne représente qu'un concept –, puisqu'elle postule également l'addition d'un élément matériel et d'un élément moral préalablement définis dans un texte prohibitif⁶, l'atteinte reste originale en ce qu'elle souligne les conséquences d'un comportement interdit, au-delà de sa constitution, et révèle que la responsabilité qui en résulte est, avant tout, la sanction d'un comportement préjudiciable, celui-ci ayant engendré une ou plusieurs victimes. L'atteinte se définit, en effet, à la fois comme l'action d'atteindre et comme le préjudice causé

⁵ V. toutefois J. BELLAMY, *Le préjudice dans l'infraction pénale*, thèse, Nancy, 1937 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943 ; M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.*, 2005, chron. p. 464 et s. ; Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 807 et s. ; M. SANCHEZ, *La notion de préjudice en droit pénal*, mémoire de DEA, Toulouse I, 2000.

⁶ Comp. A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 23, LGDJ, 1982, n° 26, p. 31 : « Il ne faut pas oublier, en effet, qu'au-delà de sa constatation, une matérialité socialement préjudiciable, même si une action humaine y a participé ou l'a engendrée, ne peut se traduire en infraction, que si elle est la manifestation d'une volonté humaine, que si elle constitue une action humaine imputable ».

par cette action⁷. Sa conceptualisation permet, ainsi, de mieux comprendre les rapports complexes entretenus par l'infraction et ses effets.

695 « Atteindre » a pour origine le latin *adtingere*, qui signifie « *toucher à* ». Pour atteindre, il faut donc « *arriver à toucher* »⁸, ce qui, appliqué au droit, implique qu'un intérêt protégé a au moins été effleuré. Il existe alors différents degrés concevables d'atteinte à un intérêt, pouvant aller du simple contact jusqu'à l'annihilation. L'une des fonctions du législateur réside ainsi, après avoir procédé à la détermination des intérêts dignes d'être préservés, dans la fixation de l'échelon à gagner afin qu'il y ait sanction ; l'atteinte constitue, en effet, un concept purement juridique. Cette opération est concomitante et insinuée dans la définition de l'incrimination, et elle doit s'exercer dans une considération constante des règles générales régissant le seuil de consommation. Par exemple, la tentative d'abus de confiance n'est pas réprimée par le Code pénal, parce que le seuil du détournement est déjà difficile à déterminer avec précision ; il serait donc vain d'en fixer un autre, suffisamment représentatif d'une volonté infractionnelle, en amont. La pertinence des seuils s'éprouve eu égard au caractère préjudiciable du comportement réprimé, mais le législateur reste relativement libre dans son appréciation, pouvant ainsi abstraitement rendre préjudiciables une action ou une inaction qui ne l'étaient pas, ou qui l'étaient peu. S'exprime alors pleinement le caractère normatif du droit pénal.

696 De tout cela, il se déduit, en creux, qu'existent en principe, en matière d'atteinte pénale, une constante et une variable : si l'atteinte est toujours un comportement préjudiciable, en raison de sa genèse, le préjudice qu'elle constitue concrètement est, parfois, très relatif. Cependant, la propriété imprime encore, en la matière, sa spécificité. Du point de vue de celle-ci, si l'atteinte comme cause de l'infraction reste classiquement une constante, un préjudice social accompagnant continuellement la commission d'un tel comportement (**A**), l'atteinte comme effet de l'infraction se défait de sa variabilité habituelle, un préjudice plus concret étant indéfectiblement caractérisé (**B**).

⁷ V. *Littré*, *V°* Atteinte. – Selon que le comportement incriminé se consomme en un trait de temps ou se prolonge dans le temps, il est possible de distinguer l'« atteinte-acte » de l'« atteinte-état » : v. P. TERCIER, *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, Ed. Université de Fribourg, 1971, p. 26-27.

⁸ V. *Littré*, *V°* Atteindre.

A. L'atteinte comme cause de l'infraction : le préjudice social

697 PREJUDICE ET INCRIMINATION : LE PREJUDICE A EVITER. – Le législateur incrimine un comportement lorsque celui-ci est de nature à causer un trouble suffisamment grave à l'ordre public. Le résultat que l'on entend ainsi éviter est donc connoté : il s'agit d'un mal social, d'un événement que la société redoute, c'est-à-dire d'un préjudice en devenir⁹. L'opération d'incrimination est, en effet, avant tout préventive : il s'agit, avant même de réprimer, de déjouer la réalisation d'un dommage attendu. Dès lors, la recherche de ce but est, en principe, la donnée première d'une opération rationnelle, en vertu de laquelle le législateur va ériger un comportement en une infraction. Partant du préjudice et, plus précisément, de l'alchimie en partie juridique, en partie matérielle, qui peut y conduire, le législateur inventorie les différents comportements aptes à le causer, puis les incrimine en les dotant textuellement d'une sanction¹⁰. A l'issue de cette démarche, le préjudice demeure dans l'incrimination, mais il perd de sa superbe, puisqu'il ne s'annonce plus comme tel, se déduisant désormais automatiquement de la commission de l'infraction. Cela explique sans doute, d'ailleurs, le désintérêt de la doctrine pénaliste à son égard. Il n'est, pourtant, pas inintéressant de s'y arrêter.

698 En premier lieu, le préjudice est l'effet principal de l'infraction. Il justifie et explique la peine, et participe, pour cette raison, à la détermination, en amont, de l'étendue abstraite de l'atteinte : s'agira-t-il d'une contravention, d'un délit ou d'un crime ? Il dépasse donc, par sa portée et sa permanence, le simple effet constitutif provoqué par la réunion des éléments de l'infraction, à tel point que sa présence suffira souvent à intenter une action devant le juge civil, alors même que l'un de ces éléments s'avèrerait manquant. Il n'est, cependant, pas un élément constitutif de l'infraction¹¹. En effet, le législateur part du préjudice pour définir quel type de comportement peut le provoquer, c'est-à-dire quelle situation va faire d'un sujet actif un auteur pénal, et d'un sujet passif, plus ou moins déterminé, une victime pénale. Plus précisément, il procède à différentes qualifications infractionnelles en remontant la chaîne des

⁹ Voir J.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon Frères, 1855, n° 218, p. 97, et nos 956 et s., p. 397 et s. ; J.-M. VERDIER, « La réparation du dommage matériel en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, études de droit criminel sous la direction de G. Stefani*, Dalloz, 1956, p. 352, n° 1 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, coll. U, A. Colin, 1971, p. 171 ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979, nos 382 et s., p. 247-248 ; A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 337, p. 351.

¹⁰ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 41, p. 25-26.

¹¹ *Contra*, J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 2006 (16^{ème} éd.), n° 375, p. 351-352.

modes de réalisation d'un dommage à éviter¹², tout en empruntant, pour cela, un modèle invariable. Le législateur dessine ainsi, abstraitement, une atteinte : il pose dans un texte les moyens frauduleux employés par l'auteur, puis l'objet vers lequel la main et la volonté de ce dernier devront tendre. Cet objet est le substratum d'un intérêt considéré comme suffisamment important pour bénéficier d'une protection pénale¹³. Sa présence dans le texte d'incrimination est nécessaire, non seulement à fin de représentation de la valeur concernée, mais surtout parce que seule sa rencontre avec l'atteinte provoque la lésion de l'intérêt protégé, c'est-à-dire le préjudice. Plus encore, la rencontre des moyens et de l'objet, telle qu'elle est prévue par l'incrimination, cause effectivement et automatiquement un préjudice, la formulation expresse de celui-ci n'étant donc plus indispensable. Dès lors, il y a bien toujours préjudice, mais il n'y a simplement plus préjudice affirmé. C'est notamment pourquoi, par exemple, la Cour de cassation a déjà pu soutenir que, en matière d'abus de confiance, « l'appréciation de l'existence d'un préjudice souffert par la partie civile, se trouve incluse dans la constatation du détournement d'une chose visée par l'article 408 [du Code pénal de 1810] et lui appartenant »¹⁴. De même, en matière d'escroquerie cette fois, la Chambre criminelle a précisé que « le préjudice [...] est établi dès lors que les remises ou versements n'ont pas été librement consentis mais ont été extorqués par des moyens frauduleux »¹⁵. L'abus de confiance et l'escroquerie sanctionnent les atteintes à la propriété et, à cette fin, décrivent chacun un comportement qui, en soi, préjudicie nécessairement au propriétaire d'un bien.

699 En second lieu, le préjudice est si intimement lié à l'incrimination, qu'ils évoluent dans une sorte de symbiose : chacun d'entre eux a l'aptitude d'engendrer l'autre. En effet, si le schéma classique reste celui qui vient d'être présenté, la prévention du préjudice déterminant l'incrimination, il arrive que le législateur incrimine un comportement qui n'apparaît pas intrinsèquement préjudiciable, mais qui le devient alors, extrinsèquement, par le biais de sa novation en infraction. Cette possibilité résulte de la liberté dont dispose, en droit pénal, le producteur de lois, la seule limite de son opportunité résidant dans un respect nécessaire –

¹² A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 360, p. 238 ; « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 477 ; « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 809 ; *Droit pénal général*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.), n° 37, p. 45 et s., et n° 202, p. 220 ; A.-C. DANA, *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³ V. *supra*, n°s 15 et s.

¹⁴ Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 81. Nous soulignons. – V. aussi, Cass. crim., 16 févr. 1977, *Bull. crim.*, n° 60 ; Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 340.

¹⁵ Cass. crim., 7 mars 1936, *DH*, 1936, p. 196 ; Cass. crim., 30 oct. 1936, *DH*, 1936, p. 590 ; Cass. crim., 20 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 189. – V. aussi, Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 234.

bien que pas toujours sanctionné – de la hiérarchie des normes. Ainsi, est réprimée, par exemple, la publicité mensongère¹⁶, dont la commission peut sans aucun doute rester parfaitement anodine et ne pas provoquer, chez celui qui la subit, de véritable préjudice. Cependant, même pour cette infraction, « formelle » selon certains, « obstacle » selon d'autres, le préjudice n'en est pas moins présent, puisque, d'un côté, c'est sa potentialité¹⁷ – et non plus sa certitude – qui détermine l'intervention du législateur et, d'un autre côté, la violation de toute norme pénale, quelle qu'elle soit, est constitutive d'un préjudice social, d'un « trouble », un individu ayant, par le biais d'une action consciente et volontaire, démontré son hostilité ou son indifférence envers un impératif pénal¹⁸.

700 Le présent constat valant également, *a fortiori*, pour les infractions assurément formelles, le préjudice, à l'image du résultat dont il constitue le versant le plus concret, n'apparaît pas comme le référentiel le plus pertinent pour permettre une distinction avec les infractions dites « matérielles »¹⁹. Mieux vaut sans doute, plutôt que de décliner à l'infini les notions de résultat et de préjudice, considérer que la « formalité » est un aspect de toutes les infractions et que la « matérialité », en revanche, n'apparaît que chez certaines d'entre elles. On peut alors constater, pour commencer, que ces appellations, pourtant désormais classiques, sont maladroites : il n'existe « *pas d'infraction sans activité matérielle* »²⁰, donc toutes les infractions sont, au moins en partie, matérielles²¹ ; affirmer qu'elles sont formelles est encore plus, au sens propre, une évidence. Au-delà de cela, le caractère « formel » peut parfaitement s'entendre de la violation d'une norme, étant ainsi inhérent à la notion même d'infraction, et le caractère « matériel » de la lésion effective d'un intérêt, connaissant alors d'une certaine relativité²². Nul ne semble sérieusement remettre en doute, en effet, que la norme – de

¹⁶ Art. L. 121-1 C. consom. : il s'agit désormais, depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, « *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* », d'une « *pratique commerciale trompeuse* ».

¹⁷ En ce sens, Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 478-479.

¹⁸ En ce sens, v. notam. J.-M. VERDIER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979, n°s 382 et s., p. 247-248 ; A.-C. DANA, *op. cit.*, *loc. cit.* – Notons cependant que le trouble porté à l'ordre public est alors peu tangible.

¹⁹ Cela est toutefois possible : toutes les infractions provoquent un préjudice social ; certaines d'entre elles, seulement, nécessitent la lésion d'un intérêt collectif ou individuel, c'est-à-dire provoquent, en surplus, un préjudice collectif ou individuel.

²⁰ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1988 (6^{ème} éd.), n° 479, p. 604 et s. – Dans le sens de la maladresse, v. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, n°s 471 et s., p. 319 et s.

²¹ V. *supra*, n° 205.

²² En ce sens, G. BATTAGLINI, « La distinzione dei reati in materiali e formali à ragion d'essere ? », *Revisite penale*, 1925, vol. CII, n° 6, p. 316 (cité, par P. SPITERI, in « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.*, 1966, p. 508).

répression – et l'intérêt qu'elle protège sont parfois distincts, beaucoup d'auteurs considérant, au-delà, que la norme pénale a pour unique but la sanction d'un intérêt autrement défini²³. Dès lors, les infractions « matérielles » se caractérisent par la violation concomitante d'une norme pénale et d'un intérêt pénalement reconnu, et les infractions « formelles », par la seule violation d'une telle norme. De façon plus technique, les infractions « matérielles » supposent une lésion effective de l'objet représentant l'intérêt ; les infractions « formelles » se consomment par le simple contact avec ce dernier²⁴. Pour conclure sur ce point, même la tentative qui ne constitue, nonobstant, qu'une « *anticipation répressive* »²⁵, puisqu'elle se situe encore en amont de la consommation, provoque un préjudice social en raison de son interdiction formelle. Le caractère normatif du droit pénal ne connaît jamais autant d'intensité que dans de telles situations, le trouble social étant ainsi certainement l'un de ses signes distinctifs.

701 PREJUDICE ET INFRACTION : LE TROUBLE SOCIAL. – La commission d'une infraction provoque automatiquement un préjudice social. En effet, tout auteur d'une infraction enfreint l'impératif qui naît de la corrélation entre une norme de comportement et une norme de pénalité. Par exemple, la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est punie d'une peine, donc quiconque ne souhaite pas subir une telle sanction doit s'abstenir d'un tel comportement. En conséquence, il faut nécessairement adopter une autre conduite pour éviter la contrainte²⁶. Si une personne agit malgré cette interdiction textuelle et préalable, elle commet alors, en

²³ C'est l'aspect sanctionnateur du droit pénal, sur lequel v. par ex. A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 87 : « Toute norme résultant d'une qualification se rattache, quant au fond, à l'une des branches du droit privé ou du droit public. Seul l'effet juridique de cette qualification est spécifiquement pénal. La thèse du " droit pénal sanctionnateur " correspond à une meilleure analyse ». – Adde M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, coll. Bibl. dr. privé, t. 129, LGDJ, 1973, n° 327, p. 269 : « l'illicéité ne peut être conçue que comme la violation de la norme [...] et non comme la lésion d'un droit. Dans les autres cas, lorsque la norme recouvre un droit subjectif, ce n'est que par un relâchement de la langue juridique que l'on pourra parler d'illicéité au sens de lésion d'un droit ». Or, l'illicéité est le seul déclencheur de la répression. Au soutien de cette démonstration, l'auteur utilise d'ailleurs l'exemple d'une infraction : le faux (sur laquelle, v. *supra*, n°s 526-529) ; L. ROZES, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.*, 1975, n° 22, p. 615 : « La prise en considération d'un résultat ne se confond pas avec l'accomplissement de l'acte illégal de l'infraction formelle, il rend la consommation de l'infraction tributaire d'un élément objectif découlant du comportement incriminé ».

²⁴ V. *supra*, n° 695.

²⁵ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.), n° 268, p. 280 ; L. ROZES, *op. cit.*, n°s 31 et s., p. 622 et s.

²⁶ Voir H. MOTULSKY, qui privilégie les qualifications de « présupposition » et d'« effet juridique » : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2002 (texte de 1948), n° 16, p. 18 ; M. PUECH, *op. cit.*, n° III, p. 23 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, coll. Les Fondamentaux, Hachette, 1994, p. 17-18.

première analyse, un acte illicite²⁷, une « *faute contre la légalité* »²⁸. Or, même si l'illicéité ainsi révélée ne porte, à proprement raisonner, que sur le fait générateur, sur la cause, elle « *qualifie à la fois le fait générateur et le dommage* »²⁹. Partant, il y a bien préjudice. Mais de quel préjudice s'agit-il ?

702 Mis en situation, n'ayant donc pas été évité, le préjudice résultant de la violation de la norme n'est plus véritablement abstrait : une atteinte concrète a effectivement été portée³⁰. Cependant, il ne doit pas pour autant être assimilé aux préjudices résultant de l'atteinte à un intérêt protégé par la loi pénale, que celui-ci soit collectif ou individuel. D'une part, il est, en effet, le seul à fonder la possibilité invariable de déclencher l'action publique, son appréciation pouvant même conduire le Ministère public à recourir à une mesure alternative aux poursuites³¹. D'autre part, ce préjudice social ne peut, en revanche, suffire à discriminer la peine devant sanctionner un comportement, puisque, par définition, il se produit identiquement à chaque commission d'une infraction donnée. Il est donc, la plupart du temps, complémentaire des préjudices collectif et individuel, – qui résultent de la lésion d'un intérêt collectif ou individuel –, à l'exception, conformément à ce qui précède, de certaines infractions dites « de résultat », pour lesquelles sa constitution présuppose l'un de ces préjudices³².

703 Cette complémentarité ne signifie pas, pour autant, ultime preuve de l'autonomie du préjudice social, que ce dernier doive nécessairement être consolidé par d'autres préjudices, la particularité des infractions formelles étant justement de permettre la sanction d'un comportement prédéfini, malgré l'absence de lésion effective de l'intérêt protégé. Le critère déterminant de fixation de la peine est alors seulement l'illicéité du comportement. Reste qu'il

²⁷ Voir M. PUECH, *op. cit.*, n^{os} 33-34, p. 52-53 : « *l'illicéité est la non-conformité d'une conduite à une norme qui juge cette conduite elle-même* » ; [...] « *du point de vue de l'illicéité, l'événement ne pose qu'une question, celle de savoir si l'action [...] qui l'a provoqué a ou n'a pas enfreint objectivement la norme de comportement qui s'imposait* ».

²⁸ M. PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit.*, 1905, p. 283.

²⁹ M. PUECH, expliquant la théorie du Procureur général Leclerc, qu'il approuve : *op. cit.*, n^o 325, p. 266. Sur le fait générateur, v. n^o 327, p. 268-269 : « *dans la réalité le fait générateur précède logiquement le dommage, même si chronologiquement le fait générateur et le dommage peuvent être concomitants* ».

³⁰ Et, corrélativement, un trouble inévitable à l'ordre public : v., en ce sens, W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 1991 (2^{ème} éd.), n^{os} 212-213, p. 240-242.

³¹ L'opportunité des poursuites est fondée, selon l'article 40-1 du Code de procédure pénale, sur l'estimation par le Ministère public de l'existence d'une infraction. Celui-ci peut alors, en vertu de l'article 41-1 du même Code, recourir à une mesure alternative, notamment si elle apparaît susceptible « *de mettre fin au trouble résultant de l'infraction* ».

³² L'existence et la qualification de certaines incriminations dépendent de la présence et de la gravité du préjudice. Il s'agit, principalement, des infractions d'imprudence : v., essentiellement, art. 221-6 et 222-19 C. pén. – Parfois, c'est le déclenchement de l'action publique qui est subordonné à un tel préjudice : v. *supra*, n^o 688.

apparaît cependant possible de concevoir que les préjudices social et collectif se recoupent. La violation d'une norme a pour conséquence inévitable la perturbation de la collectivité, particulièrement lorsqu'il s'agit de droit pénal. Par conséquent, c'est l'intérêt général qui est en réalité atteint³³, c'est-à-dire celui à partir duquel se définissent l'ensemble des intérêts publics, puisqu'il les contient tous. La présence de l'intérêt public apparaît ainsi comme une constante de l'infraction, seule variant sa précision. Mais il est tout autant envisageable, particulièrement dans un contexte où se développent de façon croissante les prérogatives de certaines administrations, de conserver une scission entre les préjudices social et collectif, en admettant que le premier est le résultat médiat d'une illicéité et que le second, au même titre que le préjudice individuel, implique qu'une personne déterminée ait été atteinte. Il est, alors, possible de dégager les caractéristiques du préjudice social.

704 Le préjudice social est l'effet concret, objectif et non individualisé de l'infraction³⁴. Il est donc un résultat qui ne se particularise pas vraiment, le préjudice perdant à cette étape, et selon cet aspect, son caractère déterminant. Il se pose comme une conséquence automatique de l'infraction, la caractérisation de celle-ci suffisant ainsi à déclencher la répression. Ne se constituant pas chez une personne précise, il est plutôt un trouble qu'un préjudice. Le trouble est, en effet, la manifestation immédiate de l'illicéité. Il peint le désordre ponctuel provoqué notamment par la commission d'une infraction³⁵. C'est l'ordre public qui a été bouleversé. Il ne s'agit alors pas, comme pour un préjudice classique, de réparer un trouble ; il faut y mettre fin, que cela soit par l'effet lénifiant du temps, à travers la prescription, ou par les caractères vindicatif et prophylactique d'une sanction publique, à travers la peine³⁶. Cependant, chacun de ces mécanismes pouvant s'expliquer indépendamment d'une référence au trouble ou, en tout cas, indépendamment d'une systématisation autour de la notion de trouble, il est aisé de comprendre pourquoi les auteurs l'évencent généralement, préférant insister sur la cause de

³³ La loi est l'expression de la volonté générale. Sa violation porte donc nécessairement atteinte à l'intérêt général.

³⁴ C'est une définition proche de celle qui est donnée par Y. MAYAUD concernant le résultat redouté, in *Le mensonge en droit pénal*, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979, n° 361, p. 239 : c'est « un dommage concret non individualisé ». Simplement redouté, le résultat peut pourtant difficilement prétendre à la qualification de « concret », de même que, s'il ne s'agit encore que de « redouter », il n'y a certainement pas dommage.

³⁵ Comp. C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000, n° 72, p. 98 : « Il n'est pas de trouble qui soit véritablement d'intérêt privé, car tous les troubles participent plus ou moins d'un désordre ; le trouble, quel qu'il soit, intéresse consécutivement les autorités avant que de concerner les victimes en tant que personnes privées ».

³⁶ En matière d'infractions continues, c'est-à-dire dont l'exécution suppose la durée, certaines peines complémentaires ont clairement pour objet de faire cesser le trouble résultant de l'existence de cette situation illicite : v. C. BLOCH, *La cessation de l'illicéité, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 71, Dalloz, 2008, n° 4-1, p. 4-5.

l'illicéité, plutôt que sur son effet. Pour autant, cela ne veut pas dire que la doctrine ignore complètement la notion de préjudice. Les préjudices portés à un intérêt protégé par la loi pénale sont, la plupart du temps, évoqués dans les manuels de droit pénal général.

705 PREJUDICE ET LESION : LES PREJUDICES COLLECTIF ET INDIVIDUEL³⁷. – C'est la considération de ces préjudices précis qui pousse le législateur à incriminer un comportement. La plupart du temps, en effet, voire à chaque fois, le trouble à l'ordre public transparait à travers la réalisation des dommages redoutés. Chaque incrimination est, ainsi, déterminée afin de dissuader l'atteinte à un intérêt perçu comme suffisamment important, celui-ci pouvant être collectif tout autant qu'individuel. Le préjudice à éviter, préjudice social abstrait, constitue donc finalement l'un de ces deux derniers préjudices, considéré abstraitement. Souvent, une incrimination protège même à la fois un intérêt public et un intérêt privé. A l'exemple classique du faux, qui « *peut affecter, soit un intérêt privé, soit un intérêt social* »³⁸, on peut ajouter celui de chacune des infractions contre la propriété. De même que le faux porte atteinte « *à la confiance nécessaire qui est l'âme de toutes les transactions sociales* »³⁹, le vol, par exemple, s'attaque à la propriété qui est « *la base essentielle de toute société, [son] lien et [sa] force ; [...] l'élément de la civilisation et de l'ordre. La loi civile [...], en la défendant, [...] défend la société elle-même* »⁴⁰. Ainsi, le juge pénal peut condamner l'auteur du vol d'un bien, alors même que le propriétaire de ce dernier reste inconnu⁴¹. Dans ce cas de figure, même si le préjudice individuel existe réellement, bien que n'étant alors pas révélé, le préjudice collectif est assurément prépondérant et justifie la répression. Le constat s'étendant au faux, pour lequel il suffit que l'acte soit de nature préjudiciable⁴², il semble qu'à la constance du préjudice collectif réponde la variabilité du préjudice individuel. L'existence du livre IV du Code pénal, au sein duquel s'inscrit le faux, confirme ce bilan, puisque celui-ci a pour objet exclusif les « *crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique* », c'est-à-dire les atteintes aux intérêts publics. Toutefois, il existe une différence notable entre le préjudice directement public, tel que celui qui résulte généralement de ces dernières

³⁷ Pour H. DONNEDIEU DE VABRES, ils correspondent aux préjudices social et individuel, ou de droit et de fait : v. *op. cit.*, p. 47 et s.

³⁸ Cass. crim., 5 nov. 1903, *D.*, 1904, 1, p. 25, note G. LE POITVIN ; Cass. crim., 19 févr. 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, p. 397.

³⁹ Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 812.

⁴⁰ A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. VI, Ed. E. Legrand, 1840, p. 543. – V. *infra*, n^{os} 808 et s.

⁴¹ Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n^o 376 ; Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n^o 318.

⁴² Cass. crim., 15 avr. 1935, *DH*, 1935, p. 334 ; Cass. crim., 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n^o 256 ; Cass. crim., 5 janv. 1978, *Bull. crim.*, n^o 8.

infractions, et le préjudice indirectement public, tel que celui qui résulte d'une atteinte à la propriété.

706 L'intérêt protégé prend, dans l'incrimination, la forme d'un substrat destiné à recevoir l'atteinte. L'examen du substrat permet donc, en inversant le processus d'incrimination, de connaître précisément l'intérêt protégé, ainsi que ses caractéristiques⁴³. Pour la propriété, ce substrat est le bien, dont le caractère collectif ne paraît résider que dans la consolidation, par la société, d'un lien exclusif entre une personne et une chose. C'est, en effet, « *le jour où la société répond [que] la " valeur " devient " bien " »*⁴⁴. En matière de faux, le substrat est un document « *qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »*⁴⁵. Il ne s'agit donc pas de n'importe quel document : il a une valeur probatoire et une portée juridique⁴⁶. Ce document est, ainsi, déjà entré dans la sphère sociale, et c'est seulement en tant que tel qu'il peut devenir l'objet d'une infraction. Par conséquent, alors que l'atteinte à la propriété provoque, avant tout autre effet, un préjudice individuel, le faux heurte directement la société puis, dans un second temps qui n'est pas nécessaire à sa constitution, préjudicie éventuellement un particulier ou une autorité publique. Cette étude se bornant aux infractions contre la propriété, c'est donc essentiellement au préjudice individuel qu'il faut s'intéresser, d'autant que celui-ci justifie, en la matière, une approche particulière.

B. L'atteinte comme effet de l'infraction : le préjudice individuel

707 L'AUTOMATICITE DU PREJUDICE EN MATIERE DE PROPRIETE, EFFET D'UN EMPIETEMENT INTELLECTUEL. – Si, même en matière de propriété, l'objet d'un dommage n'est pas exclusivement patrimonial, l'objet de la réparation le devient presque nécessairement⁴⁷. Il serait donc possible, dans une première analyse, de se contenter de considérer que toute atteinte portée à un bien, quelle qu'elle soit et quel qu'il soit, cause automatiquement un préjudice d'ordre patrimonial. En réalité, ce serait alors confondre les modalités de la réparation avec ses causes. La réparation a, en effet, pour véritable objet de compenser tous

⁴³ V. *supra*, n^{os} 15 et s.

⁴⁴ J.-M. MOUSSERON, « *Valeurs, biens, droits* », *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, n^o 7, p. 279.

⁴⁵ Art. 441-1 C. pén.

⁴⁶ Voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 66 et s. ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. IV, Sirey, 1935 (3^{ème} éd.), n^o 1364, p. 106.

⁴⁷ V. *supra*, n^o 572.

les préjudices subis, or il est parfaitement concevable qu'une atteinte à un bien ne cause, chez son propriétaire, aucun préjudice matériel, par exemple s'il s'agit d'une chose incorporelle que l'appropriation frauduleuse n'a pas fait sortir du patrimoine de son propriétaire⁴⁸. De surcroît, la réparation n'est qu'un accessoire contingent au sein de la réaction à une atteinte pénale à la propriété ; elle ne suffit donc pas à expliquer ce qui, en ce domaine, justifie la condamnation.

708 Classiquement, c'est l'atteinte à un intérêt pénalement protégé qui explique la répression et parce qu'il s'agit, en l'occurrence, d'un intérêt disposant d'un sujet et représenté à travers un objet, c'est plus précisément de l'atteinte à un droit subjectif dont il s'agit. Dans cette optique, affirmer que la propriété est un droit subjectif est une évidence, sans doute même une redondance⁴⁹. Toutefois, en partant de ce constat en apparence trop banal, il est possible d'être plus précis encore.

709 Le droit pénal réprime, par le biais de différentes incriminations, le fait d'user de la chose d'autrui sans son autorisation. Il sanctionne donc, concrètement, l'irrespect de la volonté du propriétaire, avant même une quelconque atteinte portée à son patrimoine⁵⁰. Le droit de propriété est avant tout, effectivement, un pouvoir de volonté qui, en tant que tel, ne peut s'exercer que sur un objet donné⁵¹. L'exclusivité qui fonde l'essence de cette relation n'est alors pas nécessairement celle qui existe matériellement, au vu et au su de tous, mais plutôt celle vers laquelle tend la volonté du propriétaire, propre à son esprit. Il paraît donc faux ou, tout le moins, insuffisant, d'affirmer que le vol ou l'abus de confiance, par exemple, se

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Tout droit subjectif est un droit de propriété : v. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^{os} 547 et s., p. 750 et s. – Il y aurait peut-être une nuance à apporter, en ce qui concerne l'autorité parentale. Cependant, outre que, en la matière, les devoirs semblent de plus en plus dépasser les droits, cette autorité s'exerce dans le seul intérêt de l'enfant ; curieux droit subjectif, qui n'a pas vocation à profiter à son titulaire.

⁵⁰ En ce sens, v. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, coll. Cours magistral, Ellipses, 2008, n^o 883, p. 373 : « l'incrimination [de vol] protège en effet le consentement du propriétaire, pas sa fortune ».

⁵¹ En ce sens, F. ZENATI, *op. cit.*, n^o 567, p. 780-781. – V. aussi, par ex., G.-W.-F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, coll. GF, Flammarion, 1999 (texte de 1821), § 41, p. 120 : « Du fait que la personne est la volonté infinie qui est en-et-pour-soi [...], cet élément différencié par rapport à cette volonté est ce qui peut constituer la sphère de sa liberté, en même temps qu'il est déterminé comme l'élément immédiatement distinct d'elle, et qu'il en est immédiatement séparable » ; § 44, p. 122 : « La personne a le droit de placer en chaque chose – qui est par là mienne – sa volonté comme sa fin substantielle, puisqu'elle n'a pas en elle-même une telle volonté, et reçoit ma volonté pour sa destination et son âme, – droit d'appropriation absolu de l'homme sur toutes choses » ; § 46, p. 123 : « c'est dans la propriété que ma volonté devient objective » ; C.-M. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, Librairie générale de jurisprudence, 1869-1875 (4^{ème} éd.), § 190, p. 169 : « La propriété, dans le sens propre de ce mot (dominium), exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne ». – V. également *infra*, n^{os} 810 et s.

contentent de sanctionner une atteinte portée à la possession⁵². Ce que l'auteur de tels comportements viole, à travers son acte, est plus justement la sphère d'exclusivité conçue par un propriétaire pour sa chose ; l'usurpateur commet, ainsi, un empiètement plus intellectuel que matériel. Par corrélation, telle est également l'essence du préjudice causé. Le propriétaire est atteint dans la liberté qu'il avait d'envisager et de construire le destin de sa chose ; profondément juridique, la propriété étant « *le seul droit qui comporte le pouvoir d'agir juridiquement* »⁵³, son préjudice est d'essence morale, ce pouvoir étant celui de vouloir⁵⁴.

710 Les incriminations destinées à protéger la propriété peignent, dans leur ensemble, des situations d'irrespect par un tiers de la destination donnée à un bien par son propriétaire. Partant, la commission des comportements incriminés cause obligatoirement, en renfort du trouble social né de leur illicéité, un préjudice propre au propriétaire de la chose usurpée. Le préjudice à éviter est ainsi inéluctable, si se produisent effectivement une soustraction, un détournement ou une tromperie, ce que la Chambre criminelle de la Cour de cassation exprime parfois, par exemple dans deux énoncés déjà évoqués : « *l'appréciation de l'existence d'un préjudice souffert par la partie civile, se trouve incluse dans la constatation du détournement d'une chose visée par l'article 408 [du Code pénal de 1810] et lui appartenant* » ; « *le préjudice [...] est établi dès lors que les remises ou versements n'ont pas été librement consentis mais ont été extorqués par des moyens frauduleux* »⁵⁵. Dans cette dernière affirmation, particulièrement, le lien entre la volonté et le préjudice apparaît très clairement. Mais il ne se vérifie pas que pour l'infraction alors concernée – une escroquerie –, se retrouvant déjà, implicitement, dans la première affirmation, à travers la notion de détournement⁵⁶. Ce lien inattendu a d'ailleurs également pu contribuer à l'égarer certains auteurs, ceux-ci ayant pu défendre l'idée que l'abus de confiance, infraction visée

⁵² Dans le sens de la possession, v. surtout E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901- 1906, art. 379, n° 47, p. 1120. – V. par ex., sur la genèse de cette thèse, P.-Y. GAUTIER, « Emile Garçon et le droit civil », in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 267 et s.

⁵³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 167, p. 266.

⁵⁴ Cette conception est partagée par la Cour européenne des droits de l'homme : v. par ex. « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004, sur lequel v. *RTD civ.*, 2005, p. 422 et s., obs. T. REVET. Au § 137, la Cour européenne pose que « *les avantages contractuels accordés lors de la vente du logement en question, à supposer même qu'ils aient pu compenser dans une certaine mesure l'effet des omissions constatées en l'espèce, ne pouvaient néanmoins s'analyser en un véritable dédommagement du préjudice du requérant. Quels que soient ces avantages, ils ne pouvaient donc faire perdre à M. Öneryildiz sa qualité de " victime "*, d'autant moins que la lecture des documents de vente versés au dossier ne dénote nullement une reconnaissance par les autorités d'une violation du droit de l'intéressé au respect de ses biens » (nous soulignons).

⁵⁵ V. *supra*, n° 698.

⁵⁶ Sur laquelle, v. *supra*, n° 219 et s.

dans la première formule, serait en réalité la sanction d'une mauvaise foi dans l'exécution d'un contrat⁵⁷. Il est, en effet, plus commun, en droit français, d'attacher la volonté au contrat.

711 Mais surtout, c'est à travers l'absence de volonté du propriétaire que la doctrine a pu construire une théorie expliquant la possibilité du vol, même lorsque la soustraction a été précédée d'une remise. La remise concernée est effectuée sans discernement, forcée ou commise par erreur⁵⁸, c'est-à-dire qu'elle ne procède pas d'une volonté libre et éclairée. Bien que cette analyse ait finalement conduit à une déformation malheureuse de la notion de soustraction⁵⁹, elle présente l'avantage de mettre en lumière le véritable préjudice provoqué par une infraction contre la propriété, fût-ce un vol : l'atteinte à la volonté du propriétaire⁶⁰.

712 Enfin, il résulte principalement de la relation entre volonté du propriétaire et préjudice subi par lui, une exhaustivité répressive des textes d'incrimination : en la matière, il demeure inutile de préciser et, par conséquent, de démontrer qu'un préjudice a effectivement été généré. Au même titre que le trouble social est le résultat automatique de l'illicéité, le préjudice individuel est toujours révélé par l'atteinte.

713 LES CONSEQUENCES DE L'AUTOMATICITE DU PREJUDICE. – L'automaticité du préjudice en matière de protection pénale de la propriété nuit finalement à sa considération ; tout au plus lui reconnaît-on, parfois, une vertu explicative⁶¹. En premier lieu, l'atteinte directe à la propriété étant uniforme, seules des considérations extrinsèques permettent la nuance. La peine encourue et, par suite, celle prononcée, dépendent avant tout de la situation dans laquelle se trouvent propriétaire et usurpateur. La volonté joue pourtant un rôle déterminant,

⁵⁷ V. *supra*, n^{os} 182-183 ; 613. – L'absence de perception du lien pousse à opposer ce qui, en réalité, est à accorder. Un auteur affirme ainsi que la jurisprudence a conduit à « *déplacer le résultat pénal de certaines infractions, de la lésion du patrimoine [...] d'un individu vers la lésion de sa volonté, au point de faire apparaître le droit pénal avant tout comme un instrument de protection du consentement des particuliers. [...] Ce n'est plus la lésion de la propriété du bien susceptible de détournement, de soustraction ou de destruction qui est incriminée, mais l'atteinte à la liberté de disposer de ce bien, c'est-à-dire [...] l'atteinte à la liberté de consentir* » : X. PIN, in *Le consentement en matière pénale*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 36, LGDJ, 2002, n^o 67, p. 80-81.

⁵⁸ V. par ex. W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », n^{os} 57, 58 et 63, p. 12-13 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n^{os} 87-88, p. 112 et s.

⁵⁹ V. *supra*, n^{os} 226-227.

⁶⁰ On retrouve ainsi, logiquement, un stigmate du *furtum*, dont la constitution nécessitait une action contre la volonté du propriétaire : v. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2003 (texte de la 8^{ème} éd. de 1929, revue et mise à jour par F. SENN), p. 432. – Ce constat explique également que, pour « *tous les crimes et délits contre la propriété, [...] le caractère délictueux s'efface lorsque la diminution de valeur a eu lieu du consentement du propriétaire* » : R. GARRAUD, *op. cit.*, t. VI, n^o 2362, p. 94.

⁶¹ V., principalement, H. DONNEDIEU DE VABRES, qui utilise la notion de préjudice (individuel) pour expliquer la différence entre infractions formelles et infractions matérielles : *op. cit.*, p. 133-134. – Dans cette veine, v. aussi J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, coll. Thémis, PUF, 2005 (6^{ème} éd.), p. 211 et s.

encore à ce stade, mais ce n'est qu'un rôle abstrait. Le législateur considère, en effet, qu'une atteinte à la propriété est plus grave qu'une autre, lorsque le propriétaire a préalablement manifesté sa confiance ou lorsque cette dernière a été trompée ou, pire encore, extorquée⁶². Mais cette présupposition abstraite de ce qui, en matière de propriété, provoque et catégorise le préjudice rend inutile toute référence explicite à ce dernier. Il faut alors en conclure que, dans un second temps, le préjudice ne peut, en ce domaine, incarner un élément constitutif de l'infraction. Or, sa présence ponctuelle au sein de certains textes d'incrimination malgré l'inutilité patente d'une extériorisation a, du coup, pu donner l'impression fallacieuse de sa « dématérialisation »⁶³. Le préjudice résultant d'une atteinte portée à la propriété a, ainsi, certainement souffert de la comparaison avec un autre système, d'autant plus concevable qu'il est en vigueur pour certaines infractions.

714 La qualification de quelques comportements dépend, en effet, de l'importance du préjudice, faisant de ce dernier un élément constitutif qualifiant, donc autonome. Par exemple, les destructions, dégradations et détériorations d'un bien appartenant à autrui sont des contraventions ou des délits, selon que le dommage qu'elles provoquent est « léger » ou pas ; elles sont des infractions « de résultat »⁶⁴. Mais ce système relativement aisé à mettre en œuvre en cas de dommage matériel – il suffit alors de constater –, est moins envisageable quand il s'agit d'une atteinte principalement morale. Dès lors, les degrés dans le préjudice porté au propriétaire existent certainement, mais ils ne peuvent entrer en tant que tels dans le texte d'incrimination, en raison de leur lecture difficile. Ils ne seront donc pris en compte, ajoutés aux autres préjudices, essentiellement d'ordre patrimonial, qu'au stade de la fixation de la peine, puis de la réparation. Si le préjudice causé au propriétaire d'un bien du fait d'une atteinte à sa propriété ne s'est pas dématérialisé, c'est parce qu'il a toujours été principalement immatériel.

715 Cette immatérialité du préjudice est généralement sans conséquence, puisqu'elle est pondérée par la matérialisation des éléments constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire celle de l'atteinte portée et celle de l'objet de cette atteinte. Cependant, l'essor des biens incorporels et de leur protection pénale provoque la nécessité d'une évolution de la fonction du préjudice en droit

⁶² L'échelle des peines encourues révèle ainsi une échelle de gravité des comportements. Par ordre croissant, le législateur classe ainsi le vol (3 ans d'emprisonnement, 45000 euros d'amende : art. 311-3 C. pén.), l'abus de confiance (3 ans, 375000 euros : art. 314-1 C. pén.), l'escroquerie (5 ans, 375000 euros : art. 313-1 C. pén.) puis l'extorsion (7 ans, 100000 euros : art. 312-1 C. pén.).

⁶³ Voir M.-L. LANTHIEZ, *op. cit.*, p. 465. – Erronée, l'image est également maladroite en considération de l'existence d'une pratique autrement signifiée du vocable, de surcroît plus pertinente : v. *supra*, n° 77.

⁶⁴ Art. R. 635-1 et 322-1, al. 1^{er}, C. pén.

répressif. En effet, la « sous-matérialisation » consécutive à la dématérialisation des biens doit être compensée par une « sur-matérialisation », notamment du point de vue du préjudice⁶⁵.

§ 2. Le préjudice révélateur de l'atteinte

716 UN DROIT JUDICIAIRE : L'IMPORTANCE DE L'EFFET DE L'INFRACTION. – L'application du droit pénal est, dans sa fonction sanctionnatrice, purement contentieuse. Elle s'inscrit donc dans un procès dont l'objet est d'avancer, étape vers étape, vers la vérité judiciaire, c'est-à-dire vers la connaissance suffisante d'un événement antérieur constituant peut-être une infraction. De la sorte, le juge pénal procède principalement à une recherche de cause⁶⁶, l'élément déclencheur de celle-ci résidant, bien logiquement, dans son effet médiat : le préjudice.

717 Toutefois, ce dernier ne s'épuise pas dans cet office classique. De façon moins affirmée, le préjudice constitue aussi et déjà, en raison du lien étroit qu'il entretient avec sa cause, une preuve de l'existence de cette dernière, ainsi qu'un moyen de l'identifier. Insuffisant, en soi, dans cette fonction, sa considération en tant que révélateur de l'atteinte est pourtant inhérente à l'approche inéluctablement rétrospective de l'infraction (**B**) et s'avère même, lorsque la matérialité de l'infraction s'étiolo, très importante (**A**).

A. L'extériorisation intermittente du préjudice : le domaine de l'immatériel

718 LA RESISTANCE SPORADIQUE DU PREJUDICE : L'IDENTIFICATION D'UN DOMAINE. – Malgré le constat de l'inutilité de l'extériorisation et de l'autonomisation du préjudice en matière de droit pénal de la propriété, la notion apparaît encore assidûment dans certains textes d'incrimination, le juge pénal le consacrant même parfois, bien que de façon très sporadique. En premier lieu, les articles 313-1 et 314-1 du Code pénal, qui répriment respectivement

⁶⁵ Du point de vue de l'atteinte, v. *supra*, n^{os} 468 et s. ; 502 et s.

⁶⁶ V., pour un exemple très net, Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), *Bull. A. P.*, n^o 2 : « le droit de la partie civile de mettre en mouvement l'action publique est une prérogative de la victime qui a personnellement souffert de l'infraction ; [...] l'action publique n'ayant été mise en mouvement ni par la victime ni par le ministère public, seule la voie civile était ouverte à la demanderesse pour exercer le droit à réparation reçu en sa qualité d'héritière ». Autrement dit, le seul acteur apte à provoquer la mise en mouvement de l'action publique ne l'ayant pas fait, le fait juridique concerné ne pouvait être déclaré infractionnel. La cause du préjudice redevenant quelconque, seul le juge civil pouvait être compétent. – Sur d'autres aspects de ces arrêts, v. *infra*, n^{os} 749-751.

l'escroquerie et l'abus de confiance, précisent que le comportement interdit doit, pour être sanctionné, s'opérer au préjudice d'autrui. En deuxième lieu, de façon plus inattendue, c'est au sein d'un texte relativement récent que figure l'exigence de préjudice : l'article 311-2 du Code pénal, qui incrimine la soustraction d'énergie. Enfin, en dernier lieu, dans un arrêt rendu le 22 septembre 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation condamne une personne car elle a « *détourné au préjudice de la société [qui l'employait] le projet de réalisation d'une borne de gestion* »⁶⁷. Ce rapide inventaire accompli, un véritable domaine d'autonomisation du préjudice semble se dessiner.

719 En effet, l'escroquerie et l'abus de confiance sont, de toutes les infractions, les plus aptes à recevoir l'immatériel⁶⁸. L'arrêt susvisé en constitue la meilleure des preuves, puisqu'il conduit à la sanction du détournement d'un bien incorporel inédit, et dont les contours sont particulièrement difficiles à identifier⁶⁹. La soustraction frauduleuse d'énergie, bien que ne réprimant pas l'atteinte portée à la propriété d'un bien immatériel, s'inscrit dans une problématique semblable en raison de la particularité de la chose ainsi frauduleusement appropriée⁷⁰. Dès lors, l'évidence point : l'extériorisation du préjudice n'est pas contingente. Elle possède un domaine et, corrélativement, une logique. Sa recrudescence, lorsqu'est en cause un bien incorporel, n'est pas un hasard ; elle peut donc s'expliquer.

720 LE RENOUVEAU DU PREJUDICE : UNE OPPORTUNITE PRATIQUE DANS LE DOMAINE IDENTIFIE.

– La démonstration du préjudice en matière de propriété n'est, encore une fois, pas nécessaire. Le préjudice se pose toujours, même s'il s'agit d'un bien incorporel, comme une conséquence automatique de l'irrespect de la volonté du propriétaire de ce dernier. Le domaine ne fait donc pas du préjudice un élément constitutif de l'infraction, fût-il énoncé dans le texte d'incrimination.

721 En revanche, sa présence représente un puissant révélateur. Ne pouvant se produire de façon spontanée, sa constitution démontre nécessairement l'existence de ce(lui) qui l'a provoqué. Encore faut-il être plus précis : c'est le dommage qui, dans un premier temps, permet de fonder une recherche probatoire. S'il s'avère, de plus, qu'un tiers en est à l'origine, et que celui-ci n'a pas respecté la volonté d'un propriétaire, alors seulement y a-t-il préjudice. Il suffit, par la suite, de vérifier que le comportement entre dans les prévisions de la loi pénale

⁶⁷ *Bull. crim.*, n° 218.

⁶⁸ *V. supra*, n°s 178 et s.

⁶⁹ *V. supra*, n°s 203 et s.

⁷⁰ *V. supra*, n° 504.

pour que puisse s'opérer la répression. Ainsi, dans un second temps, le préjudice contribue à la preuve de l'infraction⁷¹. Plus exactement, il démontre le vide laissé par la disparition ou le détournement de l'objet d'une volonté, c'est-à-dire nécessairement, au préalable, qu'un tel objet existait : le bien. Il ne reste plus qu'à le déterminer avec précision, mais l'essentiel est fait, tous les éléments constitutifs de l'infraction étant ainsi réunis. De la sorte, le préjudice devient un instrument probatoire fondamental.

722 Cette fonction peu mise en lumière du préjudice est, à l'image de presque tous les instruments de preuve en droit pénal, une potentialité, pas une nécessité. Pouvant s'avérer inutile lorsque le bien est corporel, l'évidence de la matière assurant à ce dernier une existence sociale souvent aisée à retracer, l'examen du préjudice peut devenir capital, lorsque les contours du bien s'effacent. En effet, les caractères qui fondent la spécificité des biens incorporels conduisent fréquemment, dans le cadre d'une recherche probatoire, à une double incertitude. En premier lieu, l'immatérialité camoufle l'existence du bien, et oriente par là même les regards plutôt vers le support de représentation. En second lieu, en raison de leur ubiquité et du montage juridique complexe qu'ils postulent parfois, certains biens incorporels sont difficiles à rattacher à une personne à l'exclusion de toutes les autres. Or, bien que la répression ne nécessite pas la connaissance détaillée de l'identité du propriétaire d'une chose frauduleusement appropriée⁷², le juge pénal n'en doit pas moins s'assurer qu'il ne s'agissait pas de l'auteur de l'infraction.

723 A ces deux stades, l'examen du préjudice permet d'avancer : s'il existe un préjudice, c'est qu'il existe préalablement un bien ; celui qui subit directement le préjudice en est le propriétaire. Mais la simplicité ne réside que dans la formule. Sa mise en œuvre apparaît beaucoup plus complexe, la détermination du préjudice étant, en elle-même, parfois difficile. Cependant, il ne faut pas non plus exagérer ces difficultés. La lutte de plusieurs personnes autour d'un objet est créatrice d'une situation faisant déjà apparaître qu'il existe un conflit de propriété, c'est-à-dire un propriétaire, un bien et un ou plusieurs usurpateurs. Le préjudice ne contribue donc qu'à la confirmation de l'existence de chacun d'entre eux, puis à leur identification. A partir de là, plusieurs types de préjudices peuvent être exploités, chacun devant toutefois être utilisé en considération du seul qui renseigne vraiment : le préjudice premier, enduré par le propriétaire du fait du non respect de sa volonté dans le destin d'un bien. Par exemple, un préjudice d'ordre patrimonial peut démontrer que celui qui l'a subi

⁷¹ V. *supra*, n° 489.

⁷² V. *supra*, n° 705.

possédait un pouvoir économique sur le bien, simple retranscription de son pouvoir de volonté. Mais il est, en soi, insuffisant, puisqu'il peut aussi bien être éprouvé par tout autre que le propriétaire ayant un intérêt économique dans le bien, juridiquement reconnu, par exemple un usufruitier.

724 Dès lors, la recherche prend principalement la forme de celle de celui dont on n'a pas respecté la volonté, et de ce sur quoi portait effectivement cette volonté. Aisée lorsqu'il existe un acte retranscrivant les statuts et les pouvoirs de chacun sur un bien déterminé, elle l'est de façon décroissante lorsqu'il n'apparaît pas suffisamment précis, ou qu'il n'existe pas. Dans ce dernier cas de figure, et de façon inversement croissante, l'importance de l'examen du préjudice s'accroît, seul ce dernier pouvant révéler qu'une volonté juridiquement efficiente n'a pas été estimée comme telle. Son siège réel désigne alors l'objet de volonté, soit le bien, et son siège personnel, le sujet, soit la victime. Il ne reste, parce qu'il s'agit de droit pénal, qu'à conjuguer le préjudice ainsi perçu avec la technique infractionnelle, c'est-à-dire résoudre le conflit qui semble opposer les différentes fonctions du préjudice en droit pénal.

B. Les raisons de l'extériorisation : l'approche rétrospective de l'infraction

725 UN ELEMENT CONDUISANT A LA VERITE JUDICIAIRE : LE PREJUDICE AVANT ET DURANT LE PROCES. – La fonction probatoire du préjudice semble jurer avec la logique infractionnelle. Comment, effectivement, poser que le préjudice peut être une preuve de l'infraction alors qu'il en est la conséquence ? Plus concrètement, peut-on constater un préjudice sans avoir, au préalable, constaté l'infraction ?

726 Selon la belle formule d'un auteur, « *l'illicéité jaillit d'abord dans le camp de la victime pour rejaillir ensuite dans le camp du responsable* »⁷³. Même si, chronologiquement, l'acte infractionnel précède nécessairement le trouble et le préjudice qu'il cause, la perception sociale de l'un et des autres est, en réalité, sauf dans certaines hypothèses de flagrance, généralement inverse. L'infraction se signale d'abord par ses effets, à partir desquels le procès pénal va s'enclencher et s'organiser, son objet étant de conduire à l'application de la loi pénale⁷⁴, c'est-à-dire d'éprouver « *la pertinence de la présomption d'innocence dont bénéficie*

⁷³ M. PUECH, *op. cit.*, n° 327, p. 268.

⁷⁴ Art. 31 C. proc. pén.

la personne poursuivie, tantôt au regard des charges, tantôt au regard des preuves »⁷⁵. Dès lors, bien que l'infraction préexiste factuellement au procès, sa reconnaissance juridique n'en est finalement que l'un des aboutissements. Dans cette optique, le préjudice est bien la preuve première, celle qui peut conduire au déclenchement et, *a fortiori*, à l'issue d'un procès pénal. Mais au-delà, parce qu'il reste cet objet liminaire, rien ne semble empêcher qu'il puisse également jouer un rôle au cœur même du procès, contribuant à l'épreuve de la présomption d'innocence par la preuve durable de l'atteinte qu'il constitue. Cette preuve peut s'avérer, lorsqu'il s'agit d'un bien incorporel, particulièrement opportune. L'analyse rétrospective de l'infraction, inhérente à un système libéral privilégiant la réaction sur la prévention pure, confirme donc cette fonction originale du préjudice.

727 Cependant, il demeure une interrogation : le préjudice peut-il véritablement préexister au procès pénal ? Conséquence juridique d'une infraction, n'existe-t-il pas seulement lorsque cette dernière a été juridiquement reconnue ? L'enjeu de la question est fondamental, puisqu'une réponse négative peut conduire à dénier toute fonction à la notion de préjudice antérieurement à une condamnation, c'est-à-dire dans le domaine procédural au sens strict. De plus, la problématique ne peut pas se heurter à une aporie : il existe une alternative, déjà évoquée, qui permet au moins de reconnaître l'existence d'un dommage, si certaines conditions propres au préjudice ne sont pas remplies. Or, le droit pénal se contente parfois, afin de réprimer un comportement donné, du trouble social causé par le dommage qui en est la conséquence, indépendamment de la présence d'un préjudice individualisé⁷⁶.

728 En réalité, le dommage provoqué par l'infraction, lorsqu'il s'agit de déclencher le procès pénal par l'intermédiaire de l'action civile, n'est déjà plus un fait brut. Devant être, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, « *directement causé par l'infraction* », le dommage est ainsi l'objet d'une appréciation judiciaire qui, seule, va le doter d'une véritable effectivité juridique. La Chambre criminelle de la Cour de cassation se contente alors de la simple possibilité d'un préjudice⁷⁷, mais elle n'en exige pas moins, de la part de la victime prétendue, des indications permettant d'éprouver une telle possibilité, c'est-à-dire des

⁷⁵ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, coll. U, A. Colin, 2002 (4^{ème} éd.), n° 157, p. 120-121.

⁷⁶ Par exemple, et principalement, lorsqu'il sanctionne la commission d'une infraction formelle.

⁷⁷ V. par ex. Cass. crim., 16 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 191 : « *Selon l'article 85 [du Code de procédure pénale], pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation de celui-ci avec une infraction à la loi pénale* ». – V. aussi Cass. crim., 5 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 103 ; Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.*, n° 34 ; Cass. crim., 11 déc. 2002, *Bull. crim.*, n° 224 ; Cass. crim., 5 févr. 2003, *Bull. crim.*, n° 25 ; Cass. crim., 2 avr. 2003, *Bull. crim.*, n° 83.

éléments rendant possible son appréciation⁷⁸. Il s'ajoute à cela que l'action civile n'appartient, selon le même fondement, qu'à « *ceux qui ont personnellement souffert* » d'un tel dommage, ce caractère faisant perdre à ce dernier une partie de son objectivité. Dès lors, en raison de l'intervention d'une telle particularisation au seuil du procès pénal, il ne s'agit plus, lors de la procédure qui va suivre, de raisonner à partir d'un simple dommage, mais bien plutôt de tirer les conséquences de l'existence d'un préjudice caractérisé.

729 Toutefois, il est nécessaire de préciser que la nature et la fonction de ce préjudice « procédural » diffèrent de celles du préjudice « substantiel ». D'essence avant tout probatoire, le préjudice procédural a pour but de conduire à la vérité judiciaire, la manifestation de celle-ci marquant donc sa disparition. D'effet de l'infraction, il devient cause puis élément du procès pénal, n'existant vraiment qu'à travers ce dernier. Pour autant, comme la présomption d'innocence⁷⁹ et l'innocence diffèrent tout en conservant un lien évident, bien que difficile à établir avec clarté, le préjudice procédural trouve sa continuité logique – mais pas inexorable – dans le préjudice substantiel. L'analogie entre ces deux mécanismes probatoires n'est, d'ailleurs, pas artificielle. L'équilibre probatoire du procès pénal est souvent rendu possible par l'existence, d'un côté, d'une présomption légale imprimant le principe humaniste et prudent qui le gouverne, le présupposé d'innocence jusqu'à preuve du contraire, et, d'un autre côté, à travers l'extériorisation préalable d'un préjudice, d'une présomption factuelle d'existence d'une infraction, donc d'un responsable, donnant alors tout son sens au but du procès : la manifestation de la vérité judiciaire. Apparaît alors, sans conteste, la nécessité de pousser l'analyse de ce préjudice procédural. Mais, avant d'y consacrer de plus amples développements, il convient d'abord de vérifier si le préjudice substantiel ne peut pas également jouer un rôle d'ordre probatoire, favorisant ainsi l'unité de la notion.

730 UN ELEMENT RENFORÇANT LA VERITE JUDICIAIRE : LE PREJUDICE A L'ISSUE DU PROCES. –

C'est après la condamnation que le préjudice gagne toute son acuité. La constitution d'une infraction fait de la possibilité de préjudice, suffisante au déclenchement de l'action publique, une certitude. Cette promotion ne signifie pourtant pas que la fonction probatoire du préjudice s'est du même coup achevée. Au contraire, elle atteint son point culminant, le préjudice devenant « *l'indice de la certitude, certitude du dommage et de ses conséquences nuisibles, non seulement pour celui qui en supporte personnellement les effets, mais encore pour la*

⁷⁸ V. Cass. crim., 9 févr. 1961, *JCP*, 1961, II, 12004, rapp. R. COMBALDIEU.

⁷⁹ V. *supra*, n^{os} 484-486.

société toute entière »⁸⁰. Preuve de l'infraction, il devient, lorsque celle-ci est finalement démontrée, preuve de la légitimité de la démonstration. Etant la marque tangible et durable de la faute commise, il offre un contrepoids ostensible à la sanction prononcée : l'équilibre social est donc au moins apparent.

731 En matière de biens incorporels, cette assurance postérieure est particulièrement précieuse. Elle permet d'asseoir la reconnaissance souvent polémique, par le juge pénal, à la fois de l'existence d'un bien et de celle d'une atteinte portée à celui-ci. Cette recherche d'un préjudice confortant une condamnation a même pu prendre un temps, en matière d'escroquerie, une forme hyperbolique, la Cour de cassation ayant déjà exigé la démonstration d'un dommage patrimonial au surplus du préjudice directement et automatiquement causé par l'infraction⁸¹. Mais cette position exigeante, très rapidement abandonnée par la Chambre criminelle⁸², a seulement contribué à démontrer que la présence d'un préjudice manifeste est de nature à assurer de la commission d'une infraction. Sa recherche est ainsi une volonté, plutôt qu'une nécessité.

732 Cet aspect purement social du préjudice, décelé essentiellement au regard des exigences de la protection pénale des propriétés immatérielles, coexiste avec un flanc plus classique, également ébranlé par l'essor de l'immatériel. Plus connu, il n'en doit donc pas moins être réexaminé, selon de nouvelles données.

Section II. L'IMPORTANCE DU PREJUDICE EN DROIT PENAL PROCEDURAL

733 PARTICIPATION AU PROCES PENAL ET ACTION CIVILE⁸³ ; ACTION ATTITREE ET ACTION BANALE. – Les articles 1 et 2 du Code de procédure pénale offrent à la partie lésée par une

⁸⁰ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 807. L'auteur poursuit ainsi : « *Il est en quelque sorte cet élément sûr quant à la preuve, objet de toutes les convoitises en procédure pénale, en étant le révélateur d'une conduite potentiellement répréhensible* ». De façon plus générale, il pose préalablement que « *le préjudice est le signe tangible de l'action ou de l'omission qui l'a provoqué, avec, à l'appui, l'assurance de ne pas se tromper quant à la nécessité de retenir la responsabilité qui en résulte, et donc de sanctionner la faute correspondante* ».

⁸¹ Cass. crim., 3 avr. 1991, *Bull. crim.*, n° 155 : relaxe d'une personne qui, après avoir obtenu de son assureur l'indemnité conséquente au bris accidentel de son pare-brise, n'a pas utilisé la somme ainsi recueillie pour acheter un pare-brise neuf, comme il était convenu, mais pour s'en procurer un d'occasion, assorti d'un débosselage d'une aile du véhicule. Il n'y a donc pas de dommage patrimonial, la somme versée étant certainement due par l'assureur, mais il y a préjudice malgré tout, la volonté de ce dernier ayant été viciée.

⁸² Cass. crim., 15 juin 1992, préc.

⁸³ Voir P. BONFILS, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n°s 229 et s., p. 280 et s. ; *Rép. pén. Dalloz*, V^{as} Partie civile, n°s 29 et s., p. 8 et s. ; « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179 et s. : l'auteur a démontré qu'il fallait, plutôt que de dissocier l'action civile, qui reste, de façon intangible, une action en responsabilité civile, faire une

infraction deux prérogatives différentes. En premier lieu, celle-ci peut mettre en mouvement l'action publique, c'est-à-dire demander l'application de la loi pénale. En second lieu, elle peut obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi à raison de l'infraction. Ces deux prérogatives peuvent se conjuguer, certaines victimes – dites « parties civiles » – étant recevables à chacune de ces prétentions. Mais elles peuvent également se dissocier complètement, une victime ne faisant que provoquer le déclenchement des poursuites, une autre demandant finalement réparation. Plus encore, certaines victimes lésées à cause – et non plus par – d'une infraction peuvent seulement prétendre intervenir au procès pénal, dans une fin alors exclusivement réparatrice. Il faut donc distinguer entre la participation au procès pénal, qui autorise certaines victimes principalement à mettre en mouvement l'action publique, et l'action civile, dont les plus larges bénéficiaires peuvent user afin d'obtenir réparation d'un préjudice résultant du dommage causé par une infraction.

734 L'action civile est, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, une action banale, c'est-à-dire qu'elle appartient à quiconque peut justifier d'un préjudice né du dommage directement causé par une infraction⁸⁴. Moins bien maîtrisée, innomée⁸⁵, la participation de la victime au procès pénal est en réalité une action attitrée, qui n'appartient qu'à ceux qui ont directement souffert de l'infraction⁸⁶.

735 UN PROPRIETAIRE ET UNE PROPRIETE ; QUALITE ET INTERET. – En multipliant et en enchevêtrant les détenteurs, les propriétés immatérielles poussent à une analyse plus spécifique des actions nées de l'infraction⁸⁷. Qui, en effet, est véritablement légitime à les exercer, dans quelle mesure, et selon quels droits ?

736 La relation de propriété, quelle qu'elle soit, met en jeu un sujet et un objet, un propriétaire et un bien. Un premier acteur incontournable apparaît alors : fort de l'exclusivité dont il jouit sur

distinction au sein de la notion de partie civile, entre la participation au procès pénal, et l'action civile. – *Adde* J. VIDAL, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 481 et s., spéc. n° 26, p. 512 ; J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 37 et s. ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. II, Cujas, 2001 (5^{ème} éd.), n° 69, p. 89 et s. ; Cour EDH, « *Hamer c. France* », 7 août 1996, § 74.

⁸⁴ Comp. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, coll. Thémis, PUF, 1996 (3^{ème} éd.), n° 77, p. 335 : « *En l'absence de toute attribution légale de l'action, c'est-à-dire lorsque celle-ci n'est pas réservée par la loi à certaines personnes, le droit d'agir appartient à tout intéressé, au moins à ceux qui peuvent justifier d'un intérêt direct et personnel. L'action peut, alors, être dite action banale* ».

⁸⁵ Voir P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innomée », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179 et s.

⁸⁶ Comp. G. CORNU, J. FOYER, *ibidem* : « *Si le droit d'agir est expressément attribué par la loi à une personne et ou contre une personne, qui en sont les titulaires de lege, les sujets attitrés [...], nous proposons de parler d'action attitrée* ».

⁸⁷ V., par ex. P. BONFILS, « L'action civile en droit pénal des affaires », *Dr. et patr.*, juin 2006, p. 82 et s.

sa chose, le propriétaire est la victime directe d'une infraction contre la propriété. La mise en œuvre du comportement incriminé lui cause nécessairement, en raison de l'atteinte abstraite que représente l'incrimination, un préjudice. Cette automaticité pouvant être comparée à celle du trouble social causé par l'infraction, il est normal que le propriétaire puisse, à ce seul titre, participer au procès pénal, c'est-à-dire déclencher l'action publique parallèlement aux prérogatives du Ministère public ; *a fortiori* peut-il également espérer une réparation. Ainsi, sa qualité est nécessaire et suffisante, son intérêt à agir étant, à tout point de vue, présupposé par l'atteinte, à travers le bien.

737 Mais, tout autant que son objet, le bien représente l'objectivité de la propriété. Il est extérieur à son sujet, évoluant physiquement dans la collectivité. En raison principalement de son utilité, le bien est envisagé par d'autres sujets, ceux-ci obtenant parfois un droit réel, c'est-à-dire un droit légitime sur la chose d'autrui⁸⁸. Même si les titulaires d'un tel droit ne peuvent alors prétendre à la propriété de cette dernière, ils ne possèdent pas moins dans cette chose un véritable intérêt. Par conséquent, une atteinte pénale au bien objet d'un droit réel cause également un préjudice au titulaire de ce droit. Cependant, parce qu'il n'est pas le destinataire direct de la règle pénale, il va devoir démontrer qu'il a subi un préjudice du fait du dommage provoqué par l'infraction ; son intérêt va fonder sa qualité.

738 En matière de propriété, une corrélation peut alors être établie entre les sujets lésés par une infraction, et les actions qui découlent de cette dernière. La participation au procès pénal est une action attitrée, apanage du destinataire direct de la règle pénale protectrice de la propriété ; elle appartient au propriétaire (§ 1). L'action civile est une action banale : elle peut être exercée par tous ceux qui démontrent un intérêt dans sa mise en œuvre. Cependant, il ne s'agit pas là de n'importe quel intérêt : les conditions strictes fixées par le Code de procédure pénale poussent à une discrimination des intérêts en cause et, partant, conduit presque à la caractérisation d'une qualité des titulaires de l'action civile⁸⁹ (§ 2).

§ 1. La protection du propriétaire : le droit de participer au procès pénal

739 LE PROPRIÉTAIRE, VICTIME PÉNALE DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIÉTÉ. – Il existe une seule victime directe des infractions contre la propriété. En raison de la précision et du

⁸⁸ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 289, p. 451-452.

⁸⁹ Comp. G. CORNU, J. FOYER, *ibid.* : « l'intérêt reprend dans l'action banale le rang primordial, sauf à voir la qualité se réintroduire, secondairement, à travers les caractères de l'intérêt ».

contenu de leur définition, les incriminations qui prohibent de tels comportements ne laissent pas de place au doute quant à la qualité de la personne lésée⁹⁰. De même, l'intérêt à agir de cette dernière découle du texte même, celui-ci posant abstraitement une atteinte à la propriété, qui, concrètement, causera nécessairement un préjudice au propriétaire.

740 Cette situation privilégiée, propre au droit pénal, a des conséquences classiques, ainsi qu'une conséquence particulière à la matière pénale : le droit, pour le propriétaire, de participer au procès pénal. Cette prérogative, purement pénale, découle donc de la seule qualité du propriétaire, s'inscrivant comme la sanction la plus forte du droit de propriété.

741 Ainsi, l'incrimination désigne le propriétaire comme la victime directe de l'infraction (A), cette situation lui permettant, en vertu du Code de procédure pénale, de participer au procès pénal (B).

A. Le propriétaire, victime des infractions contre la propriété

742 LA SUBSTANTIALISATION DE L'INTERET DANS L'INCRIMINATION : L'ATTEINTE A LA PROPRIETE. – L'intérêt est la possibilité, pour un demandeur, de tirer un avantage de la prétention qu'il émet⁹¹ ; il existe donc, pour toute personne, « *lorsque la situation litigieuse lui cause un trouble et lorsque le jugement sollicité serait de nature à le faire cesser pour elle* »⁹². Au contraire, « *sans intérêt [...] peut signifier sans mal ou sans remède* »⁹³. Ainsi, en raison de l'atteinte à l'ordre public que constitue, nécessairement, la commission d'une infraction, nul ne songerait à remettre en cause la légitimité des prérogatives du Ministère public en matière d'action publique. En revanche, il est parfois plus difficile, pour une infraction donnée, d'identifier une victime privée.

743 Les incriminations destinées à protéger la propriété sont, à ce sujet, dépourvus d'ambiguïté. Décrivant abstraitement des comportements dont la commission ne peut que provoquer une lésion du droit de propriété d'autrui, elles contiennent le mal en latence. De même, se composant structurellement, en complément de telles normes de comportement, de normes de

⁹⁰ Comp. H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 39, p. 40-41 : « *La conception structurale du droit subjectif, qui conduit à l'exégèse de la règle de Droit, suffit, croyons-nous, à faire découvrir, dans le cas pratique, la personne habilitée, par l'ordre juridique, à déclencher " l'effet juridique " de la règle mise en jeu* ».

⁹¹ Voir J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2006 (3^{ème} éd.), n° 65, p. 63.

⁹² G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, n° 78, p. 338. Les auteurs soulignent le « et ».

⁹³ G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, n° 80, p. 344.

pénalité adaptées, les incriminations contiennent également le remède : celui qui trouble le propriétaire est puni d'une peine. En considération de la nature purement morale du préjudice immédiatement causé au maître de la chose frauduleusement appropriée⁹⁴, la forme du remède est, en définitive, du même ordre : se satisfaire moralement du châtement du voleur⁹⁵. L'intérêt à agir du propriétaire est donc bien patent.

744 Un tel intérêt est plus propre au droit pénal qu'à la propriété : il s'agit de « *corroborer l'action publique* »⁹⁶. De plus, d'autres intérêts peuvent résulter d'une atteinte à la propriété. C'est pourquoi, dans un second temps, il est nécessaire de consolider l'assimilation, en matière d'infractions contre la propriété, de la victime et du propriétaire.

745 LA SUBSTANTIALISATION DE LA QUALITE DANS L'INCRIMINATION : L'OBJET DE L'ATTEINTE.

– En faisant de l'objet de l'atteinte abstraitement posée un bien, le législateur ne se contente pas de décrire la lésion d'un droit de propriété ; il identifie également la victime à travers sa propriété. Le bien n'est pas seulement, en effet, une chose considérée dans son objectivité et présentant certains caractères d'espèce, au premier rang desquels figure son appropriation. A travers sa qualification ressort principalement le lien exclusif unissant une personne à sa chose, la prérogative qui joint juridiquement l'objet à son sujet. Finalement prise dans son sens logique, cette relation ne peut alors conduire qu'à la personne, celle en faveur de qui ce droit particulier est apparu, et qui, par son exercice, peut présider au destin matériel et juridique de la chose dépourvue de volonté. Par conséquent, derrière un bien, il y a toujours, nécessairement, une seule personne.

746 Cette approche subjectiviste n'est pas inconnue du droit civil, bien au contraire⁹⁷. Mais elle connaît, également, une particulière acuité en droit pénal, l'approche objectiviste ne semblant jouer pour ce dernier qu'un rôle technique, du moins au principal⁹⁸. Le bien est perçu comme un prolongement de la personne, toute atteinte portée à celui-là provoquant donc un préjudice à celle-ci⁹⁹. Ce constat est particulièrement évident en matière de vol, au sujet duquel l'article

⁹⁴ V. *supra*, n^{os} 707 et s.

⁹⁵ Comp. R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, t. II, n^o 71, p. 95 : « *c'est aussi d'un intérêt moral que se prévaut la victime, et l'exigence de cet intérêt moral, comme condition de recevabilité de l'action civile, se décompose en diverses exigences* ».

⁹⁶ V. par ex. Cass. crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.*, n^o 94 ; Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.*, n^o 34.

⁹⁷ En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n^o 161, p. 255 : « *Les biens sont envisagés par la loi civile surtout comme des objets de droit* ».

⁹⁸ V. *supra*, n^{os} 11 et s. ; *infra*, n^o 814.

⁹⁹ Comp. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Ed. C. Volland, 1802 (texte de 1690), p. 77-78 : On « *ne doit point troubler un autre dans une possession qu'il cultive à la sueur de son visage. Si [on] le fait, il est manifeste*

311-1 du Code pénal dispose qu'il est une soustraction de la « chose d'autrui ». Dès lors, même si l'incrimination ne précise pas qu'il faille qu'une atteinte soit directement portée à un propriétaire, tel est inévitablement, à travers son bien, le destinataire de la protection, puis le titulaire corrélatif du droit de participer au procès pénal. Au-delà, l'exemple des infractions contre la propriété est particulièrement éclairant en ce qu'il démontre que la question de la qualité joue un rôle beaucoup plus important que celui qui lui est traditionnellement accordé par la doctrine pénaliste, celle-ci la cantonnant généralement aux hypothèses de représentation¹⁰⁰.

747 LA CORRELATION D'UN INTERET ET D'UNE QUALITE : L'ATTEINTE AU PROPRIETAIRE. – II

résulte de cette corrélation entre intérêt et qualité que le propriétaire est la seule personne titulaire d'un droit à la participation au procès pénal en cas d'infraction contre la propriété. La qualité est, en effet, une restriction au droit d'agir¹⁰¹, qui se justifie d'autant plus que la prérogative alors offerte à la victime est de nature purement pénale. Le propriétaire est la seule victime directe de l'infraction ; il est cette « partie lésée » à laquelle fait référence l'article 1^{er} du Code de procédure pénale. C'est pourquoi la Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse que tout autre que le propriétaire exerce, en la matière, le droit de participer au procès pénal. Ainsi, ne peuvent par exemple, selon elle, se constituer partie civile du chef d'abus de biens sociaux, les créanciers¹⁰², cautions¹⁰³, salariés¹⁰⁴, syndicats¹⁰⁵, actionnaires¹⁰⁶

qu'[on] convoite et usurpe un bien qui est entièrement dû aux peines et au travail d'autrui, et auquel [on] n'a nul droit » ; P.-J. PROUDHON, *Deuxième mémoire sur la propriété*, in *Œuvres complètes*, t. XI, Ed. Rivière, 1935 (texte de 1840), p. 80 : « La notion la plus exacte de la propriété, c'est le domaine [...] qui identifie l'homme et la chose de telle sorte qu'il peut dire : celui qui exploite mon champ est comme celui qui me ferait travailler moi-même, donc il me doit récompense ». – Comp. également Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », préc., §§ 127 et s., puis §§ 133 et s. V. surtout § 134 : « L'exercice réel et efficace du droit [de propriété] ne saurait en effet dépendre uniquement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence et peut exiger des mesures positives de protection, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens ». Puis, dans le paragraphe suivant, la Cour européenne compare la causalité qui a conduit à des pertes de vies humaines, à celle qui a conduit à la perte d'une habitation.

¹⁰⁰ V. par ex. R. MERLE, A. VITU, *ibidem* ; E. VERGES, *Procédure pénale*, coll. Objectif Droit, Litec, 2007 (2^{ème} éd.), n° 178, p. 125 ; P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 183. – Il s'agit alors plutôt d'un problème de pouvoir, pas de qualité : en ce sens, v. J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, n° 62, p. 61-62.

¹⁰¹ Voir G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, n° 77, p. 336 ; J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, n° 60, p. 59-60.

¹⁰² V. Cass. crim., 27 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 236 ; Cass. crim., 9 janv. 1996, inédit, pourvoi n° 95-81596.

¹⁰³ V. Cass. crim., 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n° 257.

¹⁰⁴ V. Cass. crim., 29 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 359 ; Cass. crim., 23 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-83792 ; Cass. crim., 23 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-84756.

¹⁰⁵ V. Cass. crim., 27 oct. 1999, *Bull. crim.*, n° 236 ; Cass. crim., 29 nov. 2000, préc. ; Cass. crim., 23 févr. 2005, préc.

¹⁰⁶ V. Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 373.

et associés¹⁰⁷ – lorsqu'ils agissent à titre personnel¹⁰⁸ – de la société victime¹⁰⁹. Aucun d'entre eux ne constitue le propriétaire du bien détourné et du patrimoine qui le contient, la personne morale pouvant seule y prétendre. Dès lors, ils ne peuvent nécessairement pas « *invoquer devant le juge pénal un préjudice qui, à le supposer établi, ne serait qu'indirect* »¹¹⁰. Il apparaît donc clairement que le problème ne réside pas tant dans l'intérêt de ces différents acteurs, en l'occurrence plus ou moins évident, que dans leur qualité, aucun ne pouvant finalement démontrer un préjudice direct. Le seul objet de la preuve est ainsi la qualité, la démonstration de l'intérêt restant, en la matière, forcément inopérante.

748 L'INTERVENTION DU JUGE PENAL DANS LA RECONNAISSANCE D'UNE QUALITE. – Pour conclure sur ce point, il faut rappeler que le juge pénal est apte à reconnaître et consacrer toute propriété, et que, parfois, il semble plus déduire celle-ci du préjudice subi par une personne, que des règles du Code civil régissant la matière¹¹¹. Si l'on ajoute à cela qu'il agit alors nécessairement dans la conscience, – pour ne pas dire la volonté –, d'une issue éventuellement favorable à la victime concernée, il semble que cela soit l'intérêt qui conduit à la qualité, voire qui la crée. Cette approche n'est alors pas sans rappeler la démarche parfois empruntée par la Cour européenne en la matière¹¹². Cependant, il n'y a là rien de vraiment contradictoire avec ce qui précède. En l'occurrence, seule diffère l'origine de la qualité, pas son exigence. Par conséquent, classiquement, une fois la qualité démontrée, le propriétaire devient acteur du procès pénal.

B. Le propriétaire, acteur du procès pénal

749 UNE PREROGATIVE PUREMENT PENALE ATTACHEE A LA PERSONNE DU PROPRIETAIRE. – Contrairement à l'action civile, qui peut indifféremment être exercée devant le juge pénal ou

¹⁰⁷ V. Cass. crim., 13 déc. 2000, préc. ; Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 378 ; Cass. crim., 13 déc. 2000, inédit, pourvoi n° 97-80664 ; Cass. crim., 9 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-85825.

¹⁰⁸ Ils peuvent agir pour le compte de la société, par le biais de l'action *ut singuli* : v. Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 372 ; Cass. crim., 8 oct. 2003, *Bull. crim.*, n° 184 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 18.

¹⁰⁹ Voir P. BONFILS, « L'action civile en droit pénal des affaires », *Dr. et patr.*, juin 2006, p. 83.

¹¹⁰ Cass. crim., 27 juin 1995, préc.

¹¹¹ V. *supra*, n° 656.

¹¹² V. par ex. « *Öneryildiz c. Turquie* », préc., § 129 : « *L'intérêt patrimonial du requérant relatif à son habitation était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, donc un " bien " au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, laquelle est donc applicable quant à ce volet du grief examiné* ».

le juge civil, le droit de participer au procès pénal ne se conçoit évidemment que dans le cadre d'un tel procès. Il s'agit, selon la Cour de cassation, d'« *une prérogative attachée à la personne et pouvant tendre seulement à la défense de son honneur et de sa considération, indépendamment de toute réparation du dommage par la voie de l'action civile* »¹¹³. Cette formule récurrente a le mérite de souligner l'existence et l'autonomie de la participation de la victime au procès pénal¹¹⁴, preuve supplémentaire du caractère normatif du droit pénal. Mais, bien que la Chambre criminelle ait dans d'autres arrêts, par le biais d'autres tournures, précisé l'objet essentiellement vindicatif de cette action¹¹⁵, la nature de celle-ci reste encore floue, et les nuances de son régime sont difficiles à appréhender¹¹⁶.

750 En réalité, peu de droits apparaissent véritablement attachés à la personne. Tout au plus peut-on recenser, outre la propriété, le droit au respect de la présomption d'innocence, ou encore toute autre protection juridiquement consacrée d'un sentiment¹¹⁷. Pourtant, il semble bien que la participation au procès pénal entre pleinement dans cette famille restreinte, sa disposition étant affectée à une seule personne et à une utilité unique. Il est, en effet, impossible de la transmettre ou, par exemple, de l'utiliser comme garantie, fût-ce en faveur d'un héritier¹¹⁸. Cependant, une fois de plus, la propriété oblige à la distinction. Lorsque l'atteinte est portée au corps ou à un autre élément de la personne qui ne peut en être détaché, il est inconcevable que l'action intéresse une personne autre que celle qui est constituée de ces derniers. En revanche, lorsque l'atteinte est portée à un bien, le droit d'exercer l'action peut se transmettre avec le bien. Ainsi, alors que dans le premier cas le droit de participer au procès pénal reste véritablement assujéti à la personne, il ne l'est pas vraiment dans le second, semblant plutôt attaché au bien. Comment l'expliquer ?

¹¹³ Cass. crim., 16 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 348. V. aussi Cass. crim., 4 nov. 1981, *Bull. crim.*, n° 292 ; Cass. crim., 19 oct. 1982, *Bull. crim.*, n° 222. – V. encore récemment, à propos de l'impossibilité pour l'héritier de la victime directe d'une infraction de se constituer partie civile par voie d'action, Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), préc. ; et v. l'étude de M. SANCHEZ s'y rapportant : « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 9 mai 2008 », in *Dr. pén.*, 2008, étude n° 12, spéc. n°s 6 et s.

¹¹⁴ En ce sens, v. P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 181.

¹¹⁵ « *L'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu* » : Cass. crim., 8 juin 1971, *Bull. crim.*, n° 182 ; Cass. crim., 15 mars 1977, préc. ; Cass. crim., 18 mai 1998, inédit, pourvoi n° 97-82470. – « *La constitution de partie civile a pour objet essentiel la mise en mouvement de l'action publique en vue d'établir la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction ayant causé un préjudice au plaignant* » : Cass. crim., 16 déc. 1980, préc. ; Cass. crim., 4 nov. 1981, préc. ; Cass. crim., 19 oct. 1982, préc.

¹¹⁶ Pour son régime général, v. P. BONFILS, *op. cit.*, p. 179 et s. ; *Rép. pén. Dalloz*, *V^{is} Partie civile*, n°s 35 et s., p. 9 et s.

¹¹⁷ V. par ex., concernant le sentiment d'honneur, la dénonciation calomnieuse : art. 226-10 C. pén.

¹¹⁸ V. Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), préc.

751 En premier lieu, de façon très logique, seul ce qui est extérieur à la personne peut s'en détacher, et par là même être transmis à d'autres personnes. Ce n'est donc pas par essence que la participation au procès pénal est parfois attachée à la personne, mais par fatalité. En second lieu, le bien est soumis à la seule volonté de son propriétaire et, partant, constitue une objectivation de celle-ci, c'est-à-dire une sorte de prolongement à l'extérieur de sa personne. Transmis à un tiers, il en constituera, au même titre, un prolongement. En conséquence, en matière de propriété, parce qu'une telle relation implique nécessairement la présence d'un objet extérieur, c'est à celui qui peut légitimement imprimer sa volonté en l'objet que l'infraction va finalement porter atteinte, c'est-à-dire à celui dont une partie de la personne réside dans le bien. Le droit de participer au procès pénal est alors attaché à la personne juridique qu'est le propriétaire, seule victime possible d'une infraction contre la propriété.

752 UNE PREROGATIVE DONT L'OBJET, PUREMENT PENAL, EST LA PROTECTION LA PLUS PUISSANTE DU PROPRIETAIRE. – Pour être plus précis encore, et rejoindre ce qui a été dit plus haut¹¹⁹, la participation au procès pénal s'attache techniquement à l'objet de l'atteinte, la nature de ce dernier commandant celle de l'action. La corrélation entre les règles de fond alors concernées, puisque c'est l'incrimination qui pose abstraitement l'atteinte, et les règles de forme autorisant l'exercice autonome de l'action¹²⁰ crée un véritable droit original dont l'existence ne se justifie que dans le cadre ou en prévision d'un procès pénal. C'est pourquoi les normes qui régissent cette action figurent toutes dans le Code de procédure pénale. Cependant, son origine n'en reste pas moins purement substantielle.

753 Ce n'est, en effet, pas la nature de l'action qui est attachée à la personne, mais son but. Il s'agit en l'occurrence de prendre en considération la victime immédiate d'une infraction contre la propriété, et de la placer sur un pied d'égalité avec la victime de tout irrespect de l'ordre public. Toutes deux peuvent ainsi réclamer l'application de la loi pénale, à travers la mise en mouvement de l'action publique. Or, qui d'autre que le destinataire d'une règle peut finalement prétendre à ce qu'elle s'applique ?¹²¹ L'incrimination n'a donc pas pour raison première ou, du moins, pour seule raison première, la prohibition et la sanction d'un comportement ; elle n'a pas non plus comme primaire objet de permettre l'exercice d'une vengeance. Sa seule vraie raison est la protection de celui qui peut subir l'atteinte alors

¹¹⁹ V. n^{os} 754-755.

¹²⁰ V. de façon générale, pour un fondement, art. 418, al. 3, C. proc. pén., et plus spécialement, mais aussi plus explicitement, en matière de procédures collectives, art. L. 641-9, al. 2, C. com. : « *le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime* ».

¹²¹ Comp. H. MOTULSKY, *op. cit.*, *loc. cit.*

décrite, avant même la défense de celui qui subit, quoi qu'il en soit, toutes les atteintes pénales. Le Code pénal de 1992 n'a-t-il pas fait de la personne et de ses biens le domaine prééminent de son protectorat ? Le renforcement procédural croissant et constant des prérogatives de la victime d'une infraction ne milite-t-il pas en ce sens ? Fond et forme conduisent à démontrer que la spécificité du droit pénal est, en la matière, d'envisager la personne comme une fin en soi qu'il convient, pour cette raison, de préserver.

754 Mais, plus originalement encore, ils permettent d'envisager les biens avant tout comme des prolongements de la personne, pouvant de la sorte bénéficier d'une protection similaire. Le droit répressif se démarque alors certainement du droit civil, pour lequel la théorisation de la personne lui a d'abord permis d'agir juridiquement¹²², c'est-à-dire d'avoir et d'utiliser des biens, puis, dans un second mouvement seulement, de la protéger, elle et ses biens : disposer puis exclure. Ayant, en la matière, pour but principal d'exclure, le droit pénal offre au propriétaire, peut-être parce qu'il s'agit d'une concession inéluctable¹²³, sa protection la plus naturelle et la plus puissante.

755 Conformément à son but, la participation au procès pénal est une arme d'intimidation ou un étendard de paix, plutôt qu'un outil vindicatif : outre que la possibilité pour la victime d'une infraction de mettre en mouvement l'action publique est dotée d'un indéniable effet prophylactique, sa mise en œuvre est moins une question d'honneur que d'apaisement. Tel est l'objet de la réparation d'un préjudice, à plus forte raison lorsqu'il est d'ordre moral. C'est pourquoi, alors que le Code de procédure pénale pourrait malencontreusement offrir à la victime d'une infraction tous les moyens d'assouvir sa vengeance, il s'avère plus justement qu'il dote celle-ci des attributs attachés à sa qualité de titulaire d'un droit de nature pénale. Ainsi, le propriétaire victime d'une infraction est un acteur légitime du procès pénal.

756 L'ACTION DU PROPRIETAIRE DANS LE CADRE DU PROCES PENAL. – Acteur légitime du procès pénal, plutôt que simple victime technique ou accessoire d'une infraction, le propriétaire est,

¹²² En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 6, p. 23, et n° 106 et s., p. 113 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 8, p. 30, et n° 24, p. 65.

¹²³ Afin de prévenir puis de sanctionner, bref de remplir ses fonctions, le droit pénal doit dessiner une incrimination, celle-ci contenant nécessairement le substratum d'un intérêt à préserver. Concéder des pouvoirs importants à la victime dont la qualité correspond à cet intérêt, qui doit, ainsi, forcément subir l'infraction afin que la répression puisse s'opérer représente, peut-être, une fatalité, dont serait tributaire la logique du système pénal.

pour cette raison, doté de droits qui rendent effective sa participation au procès pénal¹²⁴. En premier lieu, il peut déclencher le procès pénal au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe¹²⁵. En deuxième lieu, il bénéficie, durant son déroulement, d'un droit d'information important, garanti par l'article préliminaire du Code de procédure pénale et mis en œuvre par le biais de diverses dispositions dudit Code¹²⁶. De plus, ce droit ne cesse de s'étendre au fur et à mesure des réformes¹²⁷. En dernier lieu, le propriétaire peut intervenir au procès de différentes façons. Il peut contester la compétence ou l'impartialité de son juge¹²⁸, faire appel de la plupart des ordonnances du juge d'instruction¹²⁹ et se prévaloir de certaines nullités¹³⁰, solliciter des actes d'instruction de plus en plus nombreux¹³¹, faire citer des témoins¹³² et leur poser des questions par l'intermédiaire de son avocat¹³³ ou du président¹³⁴, ainsi qu'à la personne poursuivie, obtenir la communication du dossier pénal¹³⁵, et déposer des conclusions¹³⁶. Pour cela, il bénéficie de l'assistance d'un avocat¹³⁷ et dispose d'une liberté absolue dans la contribution personnelle qu'il peut fournir à

¹²⁴ Pour plus de détails, v. P. BONFILS, *op. cit.*, n^{os} 149 et s., p. 29 et s. ; « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 182 et s.

¹²⁵ V. art. 85 et 418 C. proc. pén., pour la plainte avec constitution de partie civile ; art. 551 C. proc. pén., pour la citation directe.

¹²⁶ V. par ex. art. 89 et 183 C. proc. pén. : obligation de signifier aux victimes la plupart des actes d'instruction.

¹²⁷ V. par ex. art. 53-1 et 75, al. 3, C. proc. pén., tels qu'issus de la loi du 9 sept. 2002 : obligation, pour les agents et officiers de police judiciaire, de fournir différentes informations aux victimes concernant leurs droits, notamment celui de se constituer partie civile ; et v. art. 40-2, al. 2, C. proc. pén., tel qu'issu de la loi n^o 2004-204 du 9 mars 2004 : la victime est désormais informée de la décision de classement sans suite, ainsi que des « *raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient* » ; v. aussi, issu de cette même loi, art. 90-1 C. proc. pén. : « *En matière criminelle, lorsqu'il s'agit d'un délit contre les personnes prévu par le livre II du code pénal ou lorsqu'il s'agit d'un délit contre les biens prévu par le livre III du même code et accompagné d'atteintes à la personne, le juge d'instruction avise tous les six mois la partie civile de l'état d'avancement de l'information* ».

¹²⁸ V. art. 84 C. proc. pén., à propos de la demande de dessaisissement du juge d'instruction ; art. 186, al. 3, C. proc. pén., concernant la contestation de la compétence du juge d'instruction ; art. 669 C. proc. pén., autorisant la récusation ; art. 662 C. proc. pén., permettant le renvoi devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime.

¹²⁹ Art. 186, al. 2 et 3, C. proc. pén. – Au-delà, l'article 575 du même Code permet à la partie civile de former un pourvoi en cassation contre les arrêts rendus par la Chambre de l'instruction.

¹³⁰ Art. 173 et 802 C. proc. pén.

¹³¹ Art. 81, al. 9, 82-1 et 156, al. 1, C. proc. pén.

¹³² Art. 281 et 324 C. proc. pén.

¹³³ Art. 312, 442-1 et 536 C. proc. pén. – Ce droit existe après chaque déposition : art. 454 C. proc. pén.

¹³⁴ Art. 312 C. proc. pén.

¹³⁵ Art. 114, al. 5, 279 et 280 C. proc. pén.

¹³⁶ Art. 315, 459 et 536 C. proc. pén.

¹³⁷ Art. 53-1, 75, al. 3, 80-3 et 114 et s. C. proc. pén., par déduction. – La partie civile peut, pour cela, prétendre au bénéfice de l'aide juridictionnelle : art. 10 et 48 de la loi n^o 91-647 du 10 juill. 1991 « *relative à l'aide juridique* ».

la recherche probatoire¹³⁸. A ces prérogatives importantes s'ajoute, *a fortiori*, le droit à réparation offert à tous ceux qui ont subi un préjudice du fait du dommage causé par l'infraction, c'est-à-dire l'action civile.

§ 2. La protection de la propriété : l'action civile

757 LA PROPRIETE, POLE ATTRACTIF D'INTERETS : LA DIFFUSION LEGITIME DE L'ACTION CIVILE. – La propriété n'est pas simplement un lien abstrait entre une personne et sa chose. Juridiquement, elle ne se justifie que dans le cadre d'une société, permettant alors à un bien de « jaillir de la communauté »¹³⁹ pour entrer dans une sphère privée. Pour autant, ce bien ne va généralement pas rester cantonné à cette sphère. Si ses utilités ont été réservées par une seule personne, c'est justement parce qu'elles étaient susceptibles d'en intéresser plusieurs. En conséquence, la propriété est le centre de différents intérêts, et, s'il s'avère que certains d'entre eux finissent par se concrétiser et, ainsi, par entrer en contact, il participe de la mission du droit de veiller à ce que chacun garde le sien, et, à défaut, de rendre à chacun le sien : *suum quique tribuere*.

758 La société féodale a, plus que toute autre, mis en lumière la communauté d'intérêts qui peut s'attacher à la propriété d'une chose. En premier lieu, l'essor des échanges y a rendu nécessaire, de nouveau, une véritable théorisation juridique de la propriété. La propriété est, en effet, l'*alpha* et l'*oméga* de tout commerce juridique. En second lieu, le monopole exercé sur la terre par les seigneurs, additionné au constat de son utilisation légitime par d'autres que le propriétaire, a conduit les glossateurs à créer un nouveau concept : le *jus in re*. Longtemps confondu avec la propriété¹⁴⁰, celui-ci a finalement donné naissance à la théorie moderne des droits réels, démontrant, notamment, que d'autres que le propriétaire d'un bien pouvaient avoir un intérêt légitime dans ce dernier. Le droit romain, qui ne reconnaissait pas l'existence d'une telle catégorie de droits, avait cependant déjà pris en compte l'intérêt qui présidera à leur reconnaissance, à travers l'existence d'actions particulières. Ainsi, du monde antique au

¹³⁸ V., par ex., Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 210 : « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écartier les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; [...] il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ». V., encore dernièrement, Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n° 27.

¹³⁹ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 316.

¹⁴⁰ V. *supra*, n°s 127 et s.

monde moderne, l'atteinte portée à un bien peut certainement se répercuter, et léser tous ceux qui ont un intérêt en ce bien.

759 C'est donc par l'abstraction que les juristes féodaux répondirent aux besoins juridiques de leur société, démontrant déjà que l'immatériel était parfaitement adapté aux aspects patrimoniaux de la propriété. Achevant cette démonstration sous l'influence des progrès technologiques, la modernité va montrer que la novation de l'immatériel de moyen en fin conduit nécessairement à la prise en compte d'intérêts multiples, un bien sans corps ne pouvant se concevoir en dehors d'une existence sociale, bien souvent d'ordre économique.

760 Matérialisant parfaitement tous ces constats, le droit pénal des affaires, notamment, est topique de ce que la propriété immatérielle est un pôle attractif. Or, l'un des traits marquants de ce jeune droit est justement la prolifération des constitutions de partie civile, moyen juridique le plus efficace d'obtenir, en ce domaine, réparation d'un intérêt lésé¹⁴¹. La jurisprudence qui en résulte permet alors de mener une approche systématique de l'action civile, dont l'un des objets est de protéger les intérêts que peut posséder une personne dans le bien d'autrui, à condition bien sûr que l'origine de son préjudice soit une infraction. De plus, les deux pôles d'une telle systématisation se trouvent être déjà fournis par la loi elle-même : l'article 2 du Code de procédure pénale précise l'objet (A), puis les sujets (B) de l'action civile.

A. L'objet de l'action civile en matière de propriété

761 UNE FINALITE PATRIMONIALE FACILITEE PAR LE DOMAINE DE LA PROPRIETE. – En vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile a pour *seul* objet de réparer un dommage causé par une infraction¹⁴². Cette action appartenant, selon le même article, « à tous ceux qui ont personnellement souffert » d'un tel dommage, c'est plus exactement de la réparation d'un préjudice dont il s'agit. L'article 2 précisant également que ce dommage doit être « *directement causé par l'infraction* », est ainsi mise en lumière la nécessité d'un véritable lien de causalité entre le dommage et l'infraction. Dès lors, l'action civile se constitue d'un fait juridique infractionnel, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les

¹⁴¹ V. P. BONFILS, « L'action civile en droit pénal des affaires », *Dr. et patr.*, juin 2006, p. 82.

¹⁴² Nous soulignons, à l'instar du juge pénal. V. Cass. crim., 5 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 462 : « *il résulte de l'article 2 du Code de procédure pénale que l'action civile exercée devant la juridiction répressive a pour seul objet la réparation des dommages causés par un crime, un délit ou une contravention* ».

deux ; c'est donc une action en responsabilité civile¹⁴³. Cette nature explique, notamment, la compétence concurrente du juge civil et du juge pénal : le juge civil est compétent parce qu'il s'agit de responsabilité civile ; le juge pénal est compétent parce que le fait juridique en cause est une infraction.

762 La spécificité de l'action civile réside et s'épuise dans la nature infractionnelle du fait juridique qui provoque le dommage¹⁴⁴. Pour le reste, elle ne se différencie pas de la responsabilité civile, et permet donc seulement à une personne ayant subi un préjudice d'en obtenir réparation. Pour autant, cela ne signifie pas que la situation pénale ne va pas modifier la donne habituelle.

763 Nul ne doute que celui qui subit directement l'infraction peut, au surplus du déclenchement du procès pénal, exercer l'action civile afin d'obtenir réparation du préjudice dont il est alors la victime. S'il est celui qui a provoqué le déclenchement de l'action publique, il participe à la démonstration du fait juridique et du préjudice qui en découle, et oblige le Ministère public à s'y intéresser. La recevabilité de sa constitution de partie civile est, en effet, subordonnée à l'apport d'éléments permettant l'appréciation judiciaire de l'existence d'un préjudice¹⁴⁵. En quelque sorte, la victime pénale apporte ainsi un commencement de preuve de l'infraction et, dans une optique plus civile, de sa créance de réparation. Par la suite, alors que la preuve de l'infraction sera finalisée par l'action concurrente du Ministère public, du juge d'instruction et de la victime, la démonstration de la part non automatique du préjudice privé restera à la charge quasi exclusive de la partie civile. Cette particularité du procès pénal est encore plus évidente lorsque des victimes indirectes sont concernées.

764 En raison des nombreux intérêts provoqués par l'existence d'une propriété, d'autres que le propriétaire peuvent subir indirectement l'infraction, et ainsi connaître d'un préjudice issu du « *dommage directement causé par l'infraction* »¹⁴⁶. Ils peuvent, alors, entrer dans le procès pénal par la voie de l'intervention, ce qui, d'un côté, les prive de certaines prérogatives, principalement celle de déclencher le procès pénal, mais, d'un autre côté, les place dans une situation probatoire privilégiée. Se greffant sur une action publique déjà mise en mouvement et n'ayant pas directement subi l'infraction, ces parties intervenantes ne vont pas ou vont peu participer à la preuve de cette dernière. En revanche, elles vont devoir démontrer leur intérêt à

¹⁴³ En ce sens, P. BONFILS, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n^{os} 137 et s., p. 189 et s.

¹⁴⁴ Pour les conséquences de cette spécificité, v. P. BONFILS, *op. cit.*, n^{os} 171 et s., p. 220 et s.

¹⁴⁵ Cass. crim., 9 févr. 1961, préc.

¹⁴⁶ Art. 2 C. proc. pén.

agir puis, dans son prolongement, un préjudice et un lien de causalité avec l'infraction. Finalement, ces victimes indirectes ne seront donc épargnées que de la preuve de la faute. Néanmoins, le constat d'une telle situation reste éminemment remarquable, d'une part, parce que les fautes sont parfois très difficiles à démontrer, particulièrement lorsqu'elles sont intentionnelles et, d'autre part, parce que cette spécificité montre la place très particulière que de tels acteurs occupent au sein du procès pénal. Ces victimes sont, effectivement, les créancières de dettes nées d'un dommage provoqué par une infraction et, bien que leur présence ne soit pas l'apanage des infractions contre la propriété, elle est, en ce domaine, souvent moins polémique qu'ailleurs, le préjudice qu'elles invoquent étant généralement d'ordre matériel, moins difficile à apprécier qu'un préjudice moral.

765 UNE ESSENCE PATRIMONIALE : D'UNE ESPERANCE LEGITIME DE PROFIT A UNE VERITABLE CREANCE DE REPARATION. – Une question fondamentale ressort de cette situation particulière : quand naît véritablement la créance de réparation ? Bien que cette interrogation ne soit pas méconnue des spécialistes de responsabilité civile¹⁴⁷, elle prend une acuité particulière en raison d'un évènement propre au procès pénal : la mise en mouvement de l'action publique. Certes, celle-ci ne mène pas à une issue certaine, l'application de la loi pénale pouvant conduire à nier la responsabilité de la personne poursuivie. De plus, bien que les paliers successifs qui jalonnent l'avancée de la procédure pénale, parallèlement à la recherche probatoire, obligent déjà à considérer cette étape comme une avancée connotée vers la vérité judiciaire, la présomption d'innocence impose que cette connotation tende vers la non-culpabilité. Malgré tout, certains éléments semblent faire de l'action civile, qui naît de l'infraction et du déclenchement consécutif de l'action publique, une valeur patrimoniale qui, à ce titre, peut être saisie par les créanciers de la victime ou transmise à ses héritiers. Ainsi, comment expliquer autrement qu'une victime en faillite soit dessaisie de son action civile¹⁴⁸, ou encore que l'héritier de la victime pénale d'une infraction puisse exercer l'action civile au nom de cette dernière¹⁴⁹ ?

766 Entre la survenance du dommage et le jugement pénal, les titulaires de l'action civile ont, en réalité, une espérance légitime de voir concrétiser leur créance de réparation. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cette espérance constitue, précisément, une valeur

¹⁴⁷ V., par ex., J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, v. II, le fait juridique*, coll. Université, Sirey, 2007 (12^{ème} éd.), n^{os} 383-384, p. 421-422.

¹⁴⁸ Art. L. 641-9, al. 1, C. com.

¹⁴⁹ V. principalement Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n^{os} 135 et 136 ; D., 1977, juris. p. 185 et s., note M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), préc.

patrimoniaire, donc un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne, à condition qu'elle soit dotée d'un fondement suffisant en droit interne¹⁵⁰. Tel est le cas en droit français de la responsabilité, pour lequel le jugement qui accorde une réparation est simplement déclaratif du droit de la victime à obtenir cette réparation¹⁵¹. Tout au plus, un tel jugement est-il constitutif en ce qu'il détermine précisément la créance¹⁵². Le droit existe donc dès la réalisation du dommage¹⁵³. En droit pénal, ce « principe de créance » est d'autant plus fort qu'il ne suffit pas, pour qu'il existe, qu'il y ait survenance d'un dommage. Il faut, en effet, que l'action publique ait été déclenchée, c'est-à-dire qu'ait en quelque sorte été reconnue la possibilité de l'origine infractionnelle du dommage. A défaut, seul le juge civil sera compétent. Offrant une assise supplémentaire à la légitimité de l'espérance de profit, ce report du point de départ du droit d'obtenir réparation démontre surtout que le caractère patrimonial de l'action civile est antérieur et indépendant de l'issue du procès pénal ; peu importe finalement que le principe de créance se nove ou pas en véritable créance. Ce lien d'essence entre l'action civile et le patrimoine explique l'inanité d'une telle action lorsqu'une atteinte est portée à une propriété extracommerciale.

767 LA RESTRICTION DES OBJETS PROTEGES PAR L'ACTION CIVILE : LA PROPRIETE COMMERCIALE. – Les atteintes contre la propriété peuvent porter sur des biens extracommerciaux¹⁵⁴. Dans de tels cas de figure, aucune autre personne que le propriétaire n'est susceptible de posséder d'intérêt légitime dans le bien, la propriété extracommerciale ne pouvant pas faire l'objet d'un acte juridique. Pour autant, toute action civile n'est pas inenvisageable : le propriétaire peut demander, par ce biais, la réparation des préjudices matériel et moral qu'il a subis en raison d'une infraction¹⁵⁵. Cependant, cette prérogative lui sera alors, exceptionnellement, exclusive.

¹⁵⁰ V. « *Pressos Compagnia Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 20 nov. 1995, §§ 29 et s. – Sur la conception européenne de la notion de bien, v. *supra*, n°s 93 ; 327.

¹⁵¹ En ce sens, v. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II-1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998 (9^{ème} éd.), n° 619, p. 725-726.

¹⁵² Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 383, p. 421.

¹⁵³ Le *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, rédigé sous la présidence de P. CATALA et remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, propose notamment l'adoption d'un article 1367 du Code civil, ainsi rédigé : « *La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise* ». Le rapport précise que « *cette disposition est destinée à clarifier le droit positif qui, sur ce point, est ambigu* ».

¹⁵⁴ V. *supra*, n°s 645 et s.

¹⁵⁵ V. art. 3, al. 2, C. proc. pén. : l'action civile « *sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite* ».

768 De façon générale, il est inconcevable qu'un autre que le propriétaire subisse une atteinte morale du fait d'une infraction contre sa propriété. Plus particulièrement, le préjudice matériel ne peut prendre la forme que d'une perte subie ou d'un gain manqué. Or, ne pouvant constituer le moindre droit sur le bien extracommercial d'autrui, les tiers ne vont alors subir ni appauvrissement, ni privation d'enrichissement en cas d'atteinte portée à la propriété de ce bien. Dès lors, c'est la nature du bien, plus que celle de l'action civile, qui va finalement déterminer le régime de cette dernière. La propriété imprime donc une véritable spécificité à l'action civile, ce qu'il ne faut pas oublier au moment de déterminer les sujets de cette action.

B. Les sujets de l'action civile en matière de propriété

769 LA DEMONSTRATION D'UN INTERET ; EXCEPTION ET INTERVENTION. – Le sujet premier de l'action civile est, bien évidemment, le propriétaire, seule victime pénale d'une infraction contre la propriété. A défaut d'une telle qualité, il est nécessaire de démontrer expressément l'existence d'un intérêt à agir pour obtenir le droit d'exercer l'action civile par intervention. A ce propos encore, l'article 2 du Code de procédure pénale renseigne : l'action civile « *appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». L'utilisation de deux adverbes, dans une formule pourtant si courte, démontre bien la volonté législative de restreindre l'ouverture de l'action : il ne suffit pas de souffrir du dommage causé par une infraction¹⁵⁶. Il reste à mesurer les contours de cette restriction, en l'occurrence en matière de propriété.

770 Seule une étude de la notion d'intérêt à agir est susceptible de dévoiler l'ensemble des titulaires légitimes de l'action civile. Pour certains auteurs, le juge pénal manque, parfois, de rigueur ou de cohérence dans son appréciation¹⁵⁷. Afin d'être fixé sur ce qu'il en est, il apparaît donc opportun de vérifier que l'approche pratique de l'intérêt à agir (2) correspond encore à son approche théorique (1).

¹⁵⁶ Le juge pénal le confirme de façon récurrente. Selon lui, « *l'exercice de l'action civile devant les tribunaux répressifs est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être enfermé dans les limites strictes posées par le Code de procédure pénale, et en particulier dans celles que fixe l'article 2 de ce Code* » : Cass. crim., 8 juill. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 2, p. 227 et s. V. par ex., encore récemment, Cass. crim., 25 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 220.

¹⁵⁷ En ce sens, P. BONFILS, *op. cit.*, n° 14, p. 27-29 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 2008 (4^{ème} éd.), n° 1042, p. 593.

1. Approche théorique de l'intérêt à agir

771 UN INTERET VERITABLE : UN DROIT SUR LA CHOSE. – Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, il faut donc que le titulaire de l'action civile ait un véritable intérêt à agir, personnel et direct. Comment interpréter ces exigences en matière de propriété ?

772 En premier lieu, il est nécessaire de connaître et de partir de l'intérêt protégé par l'incrimination. Celle-ci ayant pour objet principal de participer à la sauvegarde d'un intérêt déterminé, seules les personnes ayant un lien juridique direct avec cet intérêt seront pourvues d'un droit d'action le concernant. En effet, seule l'existence d'un tel lien est susceptible de justifier que l'atteinte portée à l'intérêt va être le déclencheur d'un mal corrélatif chez la personne concernée. Or ce trouble est, additionné à la possibilité de le faire cesser judiciairement, la condition même de l'intérêt de cette dernière à exercer l'action civile¹⁵⁸. Dès lors, après avoir identifié l'intérêt protégé par l'incrimination, il faut en second lieu établir les liens juridiques en rapport direct avec cet intérêt.

773 Certaines incriminations ont clairement pour objet la protection de la propriété. Pour cela, elles reproduisent abstraitement une atteinte dont l'objet représente un lien de propriété, c'est-à-dire un bien¹⁵⁹. Le propriétaire, titulaire d'un droit sur ce dernier correspondant à l'intérêt protégé, sera donc nécessairement lésé par l'infraction ; il en constitue la victime pénale. Cependant, d'autres que lui peuvent avoir un droit qui, bien que ne coïncidant pas avec l'intérêt, n'en reste pas moins un droit sur l'objet qui le représente. Ce droit prend alors sa source dans l'intérêt protégé et, partant, souffre également de l'atteinte portée à celui-ci à travers le bien. En effet, le bien est l'objet d'autres droits que la propriété, pour cette raison qualifiés de « réels ». Bien que n'étant pas la victime immédiate de l'infraction, tout titulaire d'un tel droit va donc subir un préjudice en raison du dommage consécutif à l'atteinte pénale, celle-ci prenant concrètement la forme de la lésion d'un bien. Le bien d'autrui constituant l'objet même des droits réels¹⁶⁰, le mal subi par ce premier se répercute inexorablement sur les seconds. Cette idée ne semblait d'ailleurs pas absente du Code pénal de 1810, l'ancien texte d'incrimination de l'abus de confiance posant, certes de façon superfétatoire et maladroite, que ladite infraction devait être commise « *au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres*

¹⁵⁸ En ce sens, v. G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, n° 78, p. 338-339.

¹⁵⁹ V. *supra*, n°s 15 et s.

¹⁶⁰ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 289, p. 451-452, et n° 293, p. 456-457.

écrits contenant ou opérant obligation ou décharge »¹⁶¹. Une infraction contre la propriété lèse donc nécessairement, par contagion, les titulaires d'un droit réel sur le bien objet de l'atteinte pénale¹⁶². Leur intérêt à l'exercice de l'action civile est, ainsi, évident¹⁶³.

774 En revanche, tout titulaire d'un droit dit « personnel », concrètement un créancier quelconque du propriétaire, ne peut pas, en principe, prétendre bénéficier d'un tel intérêt, son gage s'étendant à l'ensemble des biens patrimoniaux du débiteur¹⁶⁴. L'atteinte portée à l'un des biens de ce dernier n'empêche donc pas le créancier d'obtenir l'exécution de son dû sur un ou plusieurs autres biens du propriétaire victime de l'infraction. Bien que, pragmatiquement, l'intérêt du créancier à l'exercice de l'action civile ne soit pas inenvisageable, il ne peut alors s'agir, en raison de sa contingence, d'un intérêt certain. Le créancier d'un propriétaire ne peut donc pas exercer, à ce seul titre, l'action civile en cas d'infraction contre la propriété de son débiteur. Cette interdiction constitue, d'ailleurs, l'ultime confirmation que ce n'est pas le patrimoine qui est préservé par les incriminations dont la cause réside dans la défense de la propriété, mais le bien¹⁶⁵.

775 UN INTERET CARACTERISE : LE RETOUR A LA QUALITE. – L'article 2 du Code de procédure pénale dessine très précisément le rapport de cause à effet qui autorise l'exercice de l'action

¹⁶¹ Art. 408 ancien C. pén.

¹⁶² Pour quelques confirmations jurisprudentielles, en matière de vol, v. par ex. Cass. crim., 5 mars 1990, préc. : cassation de l'arrêt qui a déclaré irrecevable une constitution de partie civile, « *alors que les parties civiles, détenteurs précaires de la chose volée, étaient tenus à défaut de restitution, d'indemniser le propriétaire et justifiaient à ce titre d'un éventuel préjudice* » ; Cass. crim., 12 janv. 1994, *Bull. crim.*, n° 16 : la constitution de partie civile des parents d'un enfant mort en clinique, pour vol du tracé cardiocardiographique de ce dernier, produit et approprié par la clinique, est recevable, car les parents « *étaient en droit à tout moment de réclamer en original ou en copie pour leur dossier médical et pour rechercher les causes véritables de la mort de leur enfant et de la stérilité* » de la mère ; la Cour de cassation précise « *qu'en effet la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui n'est pas nécessairement préjudiciable au seul propriétaire de celle-ci* ». – En matière d'abus de confiance, v. par ex. Cass. crim., 24 janv. 1984, *Bull. crim.*, n° 28 : recevabilité de l'action civile exercée par une association détentrice « *de fonds remis par la direction départementale de l'action sanitaire et sociale qui en demeurait comptable* », un de ses employés les ayant détournés ; Cass. crim., 11 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 281 : cassation de l'arrêt qui a refusé de déclarer recevable l'action civile d'une banque dont l'un des employés prélevait des fonds sur les comptes des clients. La Cour de cassation précise bien, à l'appui de sa cassation, que « *la banque invoquait dans ses conclusions un préjudice direct en qualité de détenteur* » ; Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 90 : « *l'abus de confiance [...] peut préjudicier et ouvrir droit à réparation, non seulement aux propriétaires, mais encore aux détenteurs et possesseurs des effets ou deniers détournés* », donc cassation de l'arrêt qui a refusé le droit à réparation du détenteur de chèques détournés par l'un de ses employés ; Cass. crim., 8 janv. 1998, *Bull. crim.*, n° 7 : « *la qualification d'abus de confiance ouvre droit à réparation, non seulement aux propriétaires, mais encore aux détenteurs et aux possesseurs des effets ou deniers détournés et, [...] ainsi, la banque est fondée, en sa qualité de détentrice de ces deniers, à invoquer un préjudice direct dont elle doit être dédommée* » ; Cass. crim., 5 mars 2003, inédit, pourvoi n° 02-82198 ; Cass. crim., 19 mars 2003, inédit, pourvoi n° 02-82328.

¹⁶³ En ce sens, ils constituent sans doute des victimes par ricochet.

¹⁶⁴ Art. 2284 C. civ.

¹⁶⁵ V. *supra*, n°s 558 et s.

civile : le préjudice subi par une personne doit avoir pour cause un dommage lui-même directement causé par une infraction. De la sorte, ce texte semble classiquement caractériser l'intérêt à agir à travers deux adjectifs : il doit être personnel et direct.

776 En réalité, cette caractérisation apparaît, au vu de ce qui précède, inhérente à l'intérêt, ces qualificatifs représentant alors l'essence de l'intérêt, plutôt que ses caractères. L'examen des incriminations protégeant la propriété a, en effet, déjà permis de démontrer que les titulaires de l'action civile qui s'en dégagent, – le propriétaire et les titulaires de droits réels –, ont nécessairement et exclusivement un intérêt personnel et direct à exercer l'action civile. En conséquence, il paraît, en l'occurrence, peu salubre d'insister sur de telles exigences, *in abstracto*. En revanche, la correspondance des exigences légales avec des catégories juridiques bien connues oblige, semble-t-il, à un constat : ce que le Code de procédure pénale paraît empêcher, à travers l'adoption de critères généraux, le Code pénal le permet, à travers la structure des incriminations : les seuils empiriques et – donc – variables auxquels invite le droit pénal de forme sont en réalité supplantés par les seuils légaux constants fixés par le droit pénal de fond. Par conséquent, le juge pénal perd son pouvoir d'appréciation des caractères personnel et direct de l'intérêt, celui-ci se novant alors en différentes qualités, propres à chaque famille d'incriminations. Pour exercer l'action civile, lorsqu'une infraction contre la propriété a été commise, il faut donc, simplement, soit être le propriétaire du bien concerné, soit être titulaire d'un droit réel sur ce dernier.

777 Ce constat pose également, avec plus d'acuité encore, le problème de la jurisprudence. A la lecture critique des décisions, habituellement exercée par la doctrine en considération d'exigences générales non définies, peut succéder une lecture plus rigoureuse et plus sûre, forte de la prise en compte de l'existence de critères fixes propres à chaque famille d'incriminations.

2. Approche pratique de l'intérêt à agir

778 **ESSAI D'UNE CATEGORISATION JURISPRUDENTIELLE DES INTERETS : L'APPORT DU DROIT PENAL DES AFFAIRES ET, PLUS PARTICULIEREMENT, DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX.** – Bien que le principe posé soit, en théorie, relativement simple à mettre en œuvre, le juge pénal est parfois confronté à des situations dans lesquelles il demeure difficile d'identifier la qualité de chacun des intervenants. Par exemple, dans le cadre d'une société quelconque, comment déterminer avec exactitude le statut pénal de ces acteurs particuliers que sont la personne morale, les actionnaires, les salariés, ou encore les concurrents de celle-ci, en cas

d'infraction ? Le droit pénal des affaires, au sens large, est ainsi un domaine complexe, mettant en jeu de nombreux intérêts.

779 Pour autant, le droit pénal des affaires obéit aux principes directeurs de la matière pénale et, à bien l'examiner, ses spécificités n'en font pas véritablement un droit dérogatoire. Ainsi, il sanctionne classiquement certaines atteintes portées à la propriété de ses acteurs et, notamment, à celle des sociétés, par exemple par le biais de l'incrimination d'abus de biens sociaux¹⁶⁶. Simplement, la désincarnation des personnes morales protégées oblige à la mise en œuvre de techniques de représentation, qui rendent plus difficiles l'appréhension des schémas traditionnels. De plus, l'importance des actifs immatériels mobilisés provoque la multiplication et la diversification des intervenants. Cependant, comme il a déjà été précisé dans la première partie, les relations concernées prennent alors indubitablement le moule de catégories connues¹⁶⁷.

780 La personne morale jouit seule d'un droit de propriété sur les biens protégés ; propriétaire exclusive de son patrimoine, elle est donc la victime pénale de l'infraction. Ne pouvant, toutefois, s'exprimer sans l'intervention d'un substratum humain, c'est nécessairement l'un de ses composants physiques qui va le faire. Ce dernier agissant ainsi au nom de la société, la fiction de la représentation opère logiquement : il est fait comme si c'est la société elle-même qui avait effectué l'acte juridique concerné. Mais la personne physique est également un acteur en soi et pour soi. Elle peut, en effet, être un salarié de la personne morale, ou encore un actionnaire ou un associé de celle-ci. Si c'est finalement à ce titre qu'elle choisit d'agir, c'est alors, de façon générale, en tant que créancière de la société : le salarié loue sa force de travail à son employeur en contrepartie d'une rémunération¹⁶⁸ ; l'actionnaire participe à la constitution du capital social par le biais d'apports personnels, en vertu de quoi il obtient, en échange, ces créances particulières que sont les actions¹⁶⁹. Par la suite, quittant l'intrinsèque pour l'extrinsèque, la société va, sa vie durant, conclure des contrats et constituer des sûretés afin de vivre et de survivre économiquement. Elle sera ainsi parfois créancière, parfois débitrice, et verra occasionnellement son patrimoine grevé de différentes sûretés.

781 Il ne reste donc, pour le juge pénal, qu'à tirer les conséquences de ces qualifications en ce qui concerne la titularité de l'action civile, ce qui n'est pas toujours évident. En matière d'abus de biens sociaux, ladite action est ainsi logiquement fermée à tous les propriétaires d'un droit

¹⁶⁶ V. *supra*, n^{os} 88 et s.

¹⁶⁷ V. *supra*, n^{os} 75 et s.

¹⁶⁸ V. *supra*, n^{os} 674 et s.

¹⁶⁹ V. *supra*, n^{os} 79 et s.

personnel envers la société, c'est-à-dire aux créanciers quelconques¹⁷⁰, aux salariés et syndicats¹⁷¹, ainsi qu'aux actionnaires et associés¹⁷². De même, l'éventuel fidéjusseur de la personne morale – fréquemment l'un de ses dirigeants¹⁷³ –, n'étant obligé qu'en vertu d'une sûreté personnelle, ne peut mettre en avant cette qualité pour mettre en œuvre l'action civile¹⁷⁴. Enfin, l'agent judiciaire du Trésor n'est pas non plus recevable à agir de la sorte, alors que le dirigeant d'une société acquise à l'aide de subventions publiques a commis un abus de biens sociaux. Les fonds donnés n'ayant pas vocation à être remboursés, l'agent ne devient ni créancier, ni actionnaire, et encore moins titulaire d'un droit sur la chose alors détournée¹⁷⁵. A l'inverse, les représentants légitimes de la société, quel que soit leur statut, et à condition qu'ils agissent valablement au nom de cette dernière, peuvent parfaitement mettre en œuvre l'action civile. Ainsi, les actionnaires d'une société gardent la possibilité d'exercer l'action civile *ut singuli*, au même titre que ce droit appartient légalement, en vertu du Code de commerce, à des personnes déterminées¹⁷⁶.

782 En ce domaine, la jurisprudence semble donc conforme aux exigences légales. Cependant, la préférence du juge pour le fondement général posé par le Code de procédure pénale, ou, plutôt, l'oubli récurrent de le coupler avec le fondement substantiel spécial, offert par chaque incrimination, provoque l'instabilité du droit positif. Il n'y a pas si longtemps de cela, et encore aujourd'hui à travers certaines décisions polémiques, la Chambre criminelle de la Cour de cassation acceptait la constitution de partie civile de l'actionnaire, à titre personnel¹⁷⁷. La

¹⁷⁰ Cass. crim., 16 oct. 1957, *Bull. crim.*, n° 645 ; Cass. crim., 16 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 27 ; Cass. crim., 24 avr. 1971, *Bull. crim.*, n° 117 ; Cass. crim., 9 nov. 1992, *Bull. crim.*, n° 361 ; Cass. crim., 27 juin 1995, préc. ; Cass. crim., 9 janv. 1996, préc.

¹⁷¹ Cass. crim., 11 mai 1999 (3 arrêts), *Bull. crim.*, n° 89, et inédits, pourvois n°s 97-83264 et 97-84232 ; Cass. crim., 27 oct. 1999, préc. ; Cass. crim., 29 nov. 2000, préc. ; Cass. crim., 23 févr. 2005, préc. ; Cass. crim., 23 mars 2005, préc.

¹⁷² Cass. crim., 13 déc. 2000 (3 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 373-378, et inédit, pourvoi n° 97-80664 ; Cass. crim., 12 sept. 2001, inédit, pourvoi n° 01-80895 ; Cass. crim., 5 déc. 2001, inédit, pourvoi n° 01-80065 : « *Attendu que le délit d'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé* » ; Cass. crim., 18 sept. 2002, inédit, pourvoi n° 02-81892 ; Cass. crim., 9 mars 2005, préc.

¹⁷³ Voir P. SIMLER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 2288 à 2320, fasc. 10, « Cautionnement. – Définition, critère distinctif et caractères », n° 5, p. 4.

¹⁷⁴ Cass. crim., 25 nov. 1975, préc.

¹⁷⁵ Cass. crim., 28 févr. 2006, *Bull. crim.*, n° 55. – En revanche, la subvention ayant été octroyée en vue d'un usage déterminé, l'abus de confiance était une qualification au moins envisageable : v., en ce sens, Cass. crim., 26 sept. 1996, inédit, pourvoi n° 95-82745. Pour plus d'explications, v. *supra*, n° 607.

¹⁷⁶ Cass. crim., 12 déc. 2000, préc. ; Cass. crim., 4 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 00-80406 ; Cass. crim., 8 oct. 2003, préc. ; Cass. crim., 28 janv. 2004, préc. – En ce qui concerne les représentants légaux, v., classiquement, art. L. 223-18 (SARL : gérant), L. 225-51-1 et L. 225-56 (SA : PDG ou DG), L. 225-66 (SA à directoire : DG), L. 227-6 et L. 227-7 (SAS : président) C. com.

¹⁷⁷ V., explicitement, Cass. crim., 10 oct. 1963, *Bull. crim.*, n° 280 ; Cass. crim., 23 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 127 ; Cass. crim., 18 déc. 1968, *Bull. crim.*, n° 351 ; Cass. crim., 6 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 11 ; Cass. crim.,

tentation est toujours grande, pour le juge pénal, d'élargir le domaine de l'action civile et, ainsi, de protéger d'autres personnes que le propriétaire, seule victime pénale des infractions contre la propriété.

783 L'APPORT RELATIF DE LA BANQUEROUTE. – Lorsqu'une société périlite économiquement, le schéma qui précède est sérieusement perturbé. En ces temps difficiles, en effet, le système juridique choisit de se souvenir que toute personne morale d'un tel type constitue également une entreprise, et décide d'en tirer toutes les conséquences. Le temps d'une procédure dite « collective », le droit dépersonnalise donc la forme sociétale, ne mettant plus en valeur que tout ce qui l'objective, notamment son patrimoine. S'il ne s'agit alors pas uniquement, par le biais des règles ainsi mises en œuvre, de sauvegarder ce dernier, il ne continue pas moins à jouer un rôle important, sa protection devant, pour cette raison, être perpétuée. Tel est l'objet de l'incrimination de banqueroute.

784 Le propriétaire du patrimoine étant supplanté ou concurrencé, du moins durant un temps, les droits que les autres avaient sur celui-ci sont, en contrepoint, promus. Surtout, cette situation dérogatoire et, en conséquence, nécessairement provisoire, fait intervenir des organes collectifs, auxquels la loi donne alors précisément qualité pour agir. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que la Chambre criminelle de la Cour de cassation permette à certains créanciers, malgré l'interdiction légale, de se constituer parties civiles, assez largement d'ailleurs¹⁷⁸. Encore faut-il préciser que, bien souvent, ceux-ci sont titulaires de sûretés sur des biens donnés de la société, donc titulaires de droits réels. L'orthodoxie n'apparaît pas, de la sorte, fondamentalement bouleversée.

785 L'APPORT DES RELATIONS DE TRAVAIL. – Au final, il apparaît, à travers les deux exemples qui précèdent, que la distribution des droits de chacun sur un objet donné est parfois rendue difficile, d'une part, par la situation, qui peut impliquer que plusieurs personnes entretiennent un lien matériel ou juridique avec l'objet et, d'autre part, par les caractères de l'objet lui-même, qui sont susceptibles de complexifier l'identification des droits en cause. A ce sujet, le cadre des relations de travail représente, pour l'étude de ces relations, un laboratoire plus idéal

19 oct. 1978, *Bull. crim.*, n° 282 ; Cass. crim., 11 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 16 ; et v., implicitement, Cass. crim., 12 sept. 2001, préc.

¹⁷⁸ Pour l'interdiction légale, v. art. L. 654-17 C. com., *a contrario* ; pour la dérogation jurisprudentielle, v. par ex. Cass. crim., 4 déc. 1997, inédit, pourvoi n° 96-85729 : s'inscrivant dans la jurisprudence en vertu de laquelle, malgré le texte précité, le créancier qui démontre un préjudice particulier, distinct du montant de sa créance et résultant directement de l'infraction, peut se constituer partie civile (v. Cass. crim., 11 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 283), cette décision lui reconnaît un tel droit en compensation de la perte de la chance de récupérer sa créance.

encore : il révèle, effectivement, que même lorsque ces deux facteurs de complication sont réunis, situation imbriquée et objet qu'il n'est pas aisé d'appréhender, il reste, malgré tout, concevable de rendre à chacun le sien.

786 Ainsi, par exemple, le salarié qui, lors de l'exécution du contrat de travail qui le lie à son employeur, et en vertu duquel tout ce qu'il crée appartiendra exclusivement à ce dernier, n'est, malgré sa maîtrise factuelle originaire d'un objet qu'il conçoit et, à ce titre, qui devrait lui appartenir, pas le propriétaire de celui-ci¹⁷⁹. Il l'a cependant été, du moins théoriquement, mais le jeu de la clause contractuelle a, instantanément, transféré la propriété du bien à l'employeur. De la sorte, alors que, même sans remise matérielle, l'employeur est propriétaire de la chose concernée, son salarié, même sans dessaisissement matériel, n'en est que le détenteur précaire. Par conséquent, si le salarié va frauduleusement au-delà de son droit, en faisant volontairement un acte que son statut limité lui interdit, il commet un abus de confiance, que l'employeur pourra, en tant que propriétaire, faire sanctionner en se constituant partie civile.

787 CONCLUSION DU CHAPITRE 2. – A l'aune de la dématérialisation des biens, le préjudice apparaît comme une notion importante pour le droit pénal. Classiquement, il n'en est rien : la plupart du temps confondu avec le dommage, dont il ne représente pourtant que l'effet sur le destinataire de la protection, le préjudice est présenté par la doctrine comme un élément constitutif de l'infraction variable et en déclin, d'un point de vue substantiel, et comme une notion utile, mais instable, voire incohérente, d'un point de vue procédural. Malgré cela, des textes et des décisions témoignent de sa résistance, tant en droit pénal de fond qu'en droit pénal de forme, et surtout de sa verdeur, lorsqu'un bien incorporel est en cause. Il faut donc, semble-t-il, remettre en cause ces postulats.

788 Tout d'abord, le déclin du préjudice en droit pénal de fond s'explique par sa consubstantialité, tant à l'incrimination qu'à l'infraction. D'une part, en effet, le préjudice a été évincé par la théorie des résultats, dont il constitue pourtant l'un des éléments incontournables. Le résultat qu'il s'agit d'éviter, au moyen de l'incrimination, est la perpétration d'un comportement préjudiciable pour – et selon – la société, ou pour les individus qui la composent. D'autre part, la commission d'une infraction cause inévitablement un préjudice, fût-il simplement, comme en matière de propriété, d'ordre moral, ou empruntât-il juste la forme, comme en matière

¹⁷⁹ Comp. Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : v. *supra*, n^{os} 203 et s.

d'infractions dites « formelles », d'un trouble social né de l'illicéité. Dans ces deux cas, il n'en ressort que plus difficilement décelable. Toutefois, cette automaticité représente, à l'inverse, une marque ô combien précieuse lorsque les autres stigmates de l'infraction s'effacent, c'est-à-dire, principalement, lorsqu'est en cause un bien incorporel. Le préjudice devient alors le révélateur de l'atteinte, sa promotion substantielle étant, de la sorte, assurée.

789 Ensuite, la déperdition du préjudice en droit pénal de forme s'explique par la complexité de sa systématisation dans certains contentieux, la plupart du temps situés dans le domaine de l'immatériel. Qu'il s'agisse, effectivement, de considérer une situation impliquant que plusieurs aient un droit sur un même objet, ou une chose dont l'appréhension se conçoit, plus aisément que pour d'autres, partagée, voire les deux à la fois, comme c'est le cas, souvent, dans le cadre d'une société ou d'une relation de travail, il n'est pas toujours aisé de connaître les prérogatives de chacun, notamment les titularités des droits de participer au procès pénal et d'y exercer l'action civile. A cette fin, seul un examen de l'incrimination autorise une réponse, le texte désignant, invariablement, la victime pénale dont la présence est nécessaire, par l'entremise d'un substratum qui va recevoir l'atteinte, à la réalisation de l'infraction. En contrepartie, cette victime inévitable va se voir offrir le droit attiré de participer au procès pénal, l'action civile en représentant certes l'accessoire logique, mais pouvant également être tributaire, pour les autres, en raison de sa nature patrimoniale, de la démonstration d'un préjudice direct et personnel. Ainsi, en ce qui concerne la propriété précisément, seul le propriétaire peut participer au procès pénal, et exercer l'ensemble des droits ainsi entendus, principalement celui d'initier le procès, et seuls les titulaires d'un droit réel semblent répondre aux conditions d'ouverture de l'action civile.

Conclusion du titre I

790 **UNE REVELATION COMPLETE DE L'ASSISE TECHNIQUE DE LA REPRESSION DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE.** – Réciproquement à sa réception aboutie, au moins potentiellement, au sein du système pénal, l'immatériel diffuse ses vertus révélatrices à l'ensemble du mécanisme de répression des atteintes à la propriété. Le cœur de ce système ayant déjà été étudié à l'aune de la dématérialisation, il ne restait qu'à mener, dans une optique similaire, l'examen jusqu'à ses deux termes, encore trop rarement explorés par la doctrine pénaliste :

l'effet des infractions contre la propriété, et la cause des incriminations en faveur de la propriété.

791 Le choix ayant été fait d'une analyse inductive, afin que l'étude de l'effet ne perde pas tout intérêt en soi, c'est par son examen qu'il fallait logiquement débiter. A cette fin, il apparaissait nécessaire, tout d'abord, de s'intéresser à l'objet du dommage provoqué par l'infraction, celui-ci constituant le lien entre l'atteinte portée et l'atteinte ressentie. Toute incrimination représentant abstraitement une atteinte, et toute infraction en caractérisant concrètement une, il semblait effectivement indispensable, avant de basculer de la décomposition du comportement à celle de ses répercussions sur la victime, de déterminer précisément l'objet qui autorisait cette relation.

792 Classiquement, la doctrine pose que c'est le patrimoine qui constitue l'objet du dommage causé par les infractions contre la propriété. Le bien ne paraît, en effet, pas toujours suffire à contenir toute l'étendue d'un dommage causé par l'une d'entre elles, et semble même parfois, lorsqu'il est incorporel, n'en subir aucun, son intégrité ne pouvant pas être atteinte. En réalité, c'est alors confondre dommage et préjudice, et restreindre l'intégrité à ce qu'elle n'est pas : une notion seulement matérielle. En conséquence, comme l'y encourage la société de l'immatériel, qui produit des biens très hétérogènes, et qui autorise la consécration juridique d'ensembles intellectuels de biens, autres que le patrimoine, il faut chercher l'objet du dommage en dehors de ce dernier. Il le faut d'autant plus que le droit pénal s'avère également apte à protéger des biens extrapatrimoniaux, corporels et incorporels, même si leur appréhension juridique reste encore difficile, notamment en raison du lien très fort qu'ils entretiennent avec la personne de leur propriétaire, et que, pour cette raison, le juge pénal a encore tendance à dissimuler son intervention sous des abords plus classiques.

793 En droit pénal de la propriété, l'objet du dommage est donc celui-là même qui reçoit l'atteinte : le bien, qu'il soit corporel ou incorporel, patrimonial ou extrapatrimonial. Néanmoins, l'exploration de la thèse du patrimoine a conduit à quelques révélations qu'il serait dommage de négliger. Premièrement, l'unité du patrimoine prend la forme, en droit pénal, de la préservation de son intégrité. Deuxièmement, sa protection par le droit pénal est, de la sorte, réelle, mais incidente, simple conséquence logique de la protection pénale des biens : en effet, si tout bien n'est pas compris dans le patrimoine, ce que le patrimoine contient n'en constitue pas moins, nécessairement, un bien. Troisièmement, et surtout, l'approche épurée des biens, entretenue par le juge pénal, n'est pas le produit de leur teneur patrimoniale, mais de la technique répressive elle-même, en vertu de laquelle il faut, mais il

suffit, qu'une chose soit appropriée, pour pouvoir prétendre à une protection pénale. Dans cette optique, comment admettre l'antagonisme constant existant, en jurisprudence, entre l'immeuble et la protection pénale générale des biens ?

794 Qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un bien extrapatrimonial, en effet, le dommage qu'ils subissent – ou subiraient – à raison de l'infraction provoque, consécutivement, un préjudice à leur propriétaire. Cette automaticité explique, sans doute, le peu d'intérêt de la doctrine pénaliste envers la notion de préjudice. Celui-ci, lorsqu'il n'est pas assimilé au dommage, dont il ne représente pourtant que l'effet sur le destinataire de la protection pénale, est présenté par elle comme un élément constitutif de l'infraction variable et déclinant, en droit pénal de fond, et comme une notion exploitable, mais instable, voire incohérente, en droit pénal de forme. Des textes et des décisions témoignent néanmoins de sa constance, tant substantiellement que procéduralement, et surtout de sa verdeur, lorsqu'il s'agit de prendre en compte un bien incorporel. Il semble donc qu'il faille, à l'incitation de la dématérialisation, reconsidérer la notion de préjudice en droit pénal.

795 La consubstantialité du préjudice à l'incrimination et à l'infraction représente, tout d'abord, un obstacle à sa considération : d'une part, le préjudice s'inscrit – et, partant, s'amalgame – dans la théorie des résultats, constituant celui qu'il convient d'éviter par la prohibition d'un comportement, ainsi préjudiciable par nature ou par destination ; d'autre part, la commission d'une infraction provoque nécessairement un préjudice, fût-il d'ordre moral, comme en matière de propriété, ou empruntât-il simplement la forme d'un trouble social né de l'illicéité, comme en matière d'infractions formelles. Cependant, cette automaticité représente aussi, par là même, le stigmate inéluctable de l'infraction, celui-ci permettant alors de révéler l'atteinte, lorsqu'elle s'efface à raison de son objet incorporel.

796 Cette promotion substantielle du préjudice s'accompagne de la consolidation de son importance procédurale. En effet, malgré la complexité de sa systématisation dans certains contentieux, la plupart du temps liés à l'immatériel, soit parce qu'une situation l'impliquant postule souvent une pluralité de droits sur un même objet, soit parce que l'appréhension d'une chose incorporelle se conçoit aisément partagée, soit encore à cause de la conjonction de ces facteurs, comme c'est le cas, par exemple, dans le cadre d'une société ou d'une relation de travail, un examen de l'incrimination permet toujours de savoir, en vertu du préjudice qui a été subi, quelles sont les prérogatives de chacun au sein du procès pénal. L'incrimination désigne, invariablement, la victime pénale dont la présence est nécessaire, par le biais d'un substratum qui va recevoir l'atteinte, à la réalisation de l'infraction. En contrepartie, elle se

voit offrir le droit attribué de participer au procès pénal, l'action civile en représentant certes l'accessoire logique, mais pouvant tout autant, pour les autres, en raison de sa nature patrimoniale, être la conséquence de la démonstration d'un préjudice direct et personnel. Pour la propriété, selon ce schéma, seul le propriétaire peut participer au procès pénal, et exercer l'ensemble des droits entendus de la sorte, essentiellement celui d'engager le procès, et seuls les titulaires d'un droit réel semblent répondre aux conditions d'ouverture de l'action civile.

797 DE L'EFFET A LA CAUSE ; OBJECTIF ET SUBJECTIF. – Comme l'a démontré, déjà, l'étude du préjudice, l'effet participe bien souvent à révéler la cause, et la frontière entre objectif et subjectif s'avère, en droit pénal de la propriété, parfois poreuse. L'examen du préjudice a révélé, effectivement, qu'en raison de l'existence, en la matière, de deux acteurs susceptibles de provoquer légitimement le déclenchement de l'action publique, la répression peut s'orienter soit objectivement, soit subjectivement. Ainsi, alors que le ministère public peut faire sanctionner une atteinte sans même qu'elle ait été ressentie comme telle par le propriétaire, ce dernier peut, à l'inverse, donner une tournure plus privative à la répression. Il faut donc, désormais, afin principalement de clarifier cette dissociation du but des règles pénales en matière de propriété, analyser leur cause à l'aune de la dématérialisation.

Titre II

L'apport à la détermination de la cause des incriminations en faveur de la propriété

798 PROPRIETE ET ORDRE PUBLIC. – La propriété représente, invariablement, un intérêt considéré comme suffisamment important pour bénéficier d'une protection pénale. Sa sauvegarde participe donc, sans véritable controverse, à l'ordre public pénal. L'immutabilité de cette protection a, avec le temps, contribué à en effacer les causes. Ainsi, la doctrine pénaliste contemporaine présente-t-elle généralement la défense pénale de la propriété comme une évidence sans, pour cette raison, précisément la justifier. Tout au plus, recherche-t-elle à discriminer, à des fins pédagogiques, les incriminations dont l'objet est, exclusivement, de protéger la propriété, de celles dont l'objet est autre, ou multiple. Seule, la perturbation qu'a constituée la prise en compte des biens incorporels par le droit pénal a conduit à une réflexion plus poussée sur les liens entretenus entre le droit pénal et la propriété¹.

799 Pourtant, à l'inverse de la doctrine civiliste, qui a su utiliser l'essor des biens incorporels, notamment en droit pénal, pour redécouvrir l'essence de la propriété, tant objective que subjective², les auteurs pénalistes se sont, la plupart du temps, simplement demandés si les incriminations qui protègent la propriété étaient aptes à s'ouvrir à un objet incorporel. Cette interrogation purement technique, incontestablement nécessaire³, ne doit cependant pas conduire à occulter une question plus fondamentale : pourquoi le droit pénal protège-t-il la propriété ? D'ailleurs, il n'est finalement pas certain que l'on puisse parfaitement répondre à l'interrogation technique sans régler, au préalable, cette question de fond. En effet, toute incrimination ayant pour but de protéger un intérêt déterminé, le droit pénal, même apparaissant comme tout aussi légitime que le droit civil pour l'engendrer et pour le modeler,

¹ Par exemple, les thèses les plus récentes consacrées à ce sujet font la part belle, sans cependant en faire le point central, à la protection pénale des biens incorporels : v. surtout D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2005, spéc. n^{os} 12 et s., p. 27 et s., et n^o 152, p. 100-101 ; et v. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, thèse, Bordeaux IV, 2008, spéc. n^{os} 350 et s., p. 221 et s. Présente dès leur introduction, donc au sein de la justification de leur démarche, la considération contemporaine du droit pénal pour les biens incorporels fait, incontestablement, au moins partie des déclencheurs de leurs réflexions.

² Au premier rang de laquelle, v. F. ZENATI et, principalement, son article « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », in *RTD civ.*, 1993, p. 305 et s. : le plan choisi par l'auteur pour présenter sa rénovation de la théorie de la propriété débute par des développements concernant « l'objet de la propriété », aux seins desquels il démontre notamment que « l'incompatibilité du régime de la propriété corporelle avec celui des objets immatériels [...] ne résiste pas à l'examen » (I, p. 307 et s.).

³ V. *supra*, 1^{ère} partie.

se doit avant tout, une fois cet intérêt décidé et les moyens de le préserver définis, d'y rester conforme. Par conséquent, l'interrogation sur les causes de la protection pénale de la propriété n'a pas seulement un intérêt théorique.

800 Plus encore, presque paradoxalement, la révélation des causes de la protection pénale de la propriété démontre que subsiste, en la matière, un ordre public directif. Dans un premier temps, en effet, tant la traditionnelle neutralité de la doctrine pénaliste, que l'essor, à travers la reconnaissance de nouveaux biens, du domaine d'un intérêt juridiquement consacré depuis longtemps, portent à voir en l'intervention pénale une simple sanction de ce qui est, et non une contribution à la détermination de ce qui doit être. Toutefois, l'existence même d'une protection pénale contemporaine des biens incorporels, dans un cadre pourtant réputé aisément classique et peu dynamique, démontre justement, avec force, la volonté du juge pénal d'imprimer une direction à cette protection. Il reste alors à savoir, après avoir vérifié que le juge est vraiment légitime à faire ce que la loi ne fait plus que de façon ponctuelle, puis avoir établi les conséquences des choix ainsi effectués sur ce que constitue le droit pénal de la propriété, quel est le sens privilégié pour cette protection.

801 PROPRIETE ET PROPRIETAIRE. – Comme a déjà contribué à le démontrer, à l'aune de la dématérialisation, l'étude du préjudice en droit pénal de la propriété, la défense d'un bien ne constitue jamais une fin en soi, soit qu'elle s'inscrive dans la protection de la société, soit qu'elle s'inscrive dans celle de son propriétaire⁴. L'atteinte pénale portée à la propriété lèse, concomitamment, deux intérêts inégalement considérés. Techniquement, deux orientations répressives sont alors concevables et, malgré les apparences, semblent également congrues. Elles correspondent toutes deux, en effet, à l'une des fonctions connues de la propriété, soit qu'on la considère comme la partie du droit objectif qui rend possible le commerce juridique, soit qu'on la perçoive comme un droit subjectif voué au bien-être de son sujet. Dans l'obtention de cette connaissance de base, la considération envers les biens incorporels a, déjà, pu jouer un rôle majeur : d'une part, c'est souvent la prise en compte de ces derniers qui a conduit à la consécration, par la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, de la valeur fondamentale de la propriété ; d'autre part, leur promotion révèle que les choses créées par l'homme et, à travers elles, l'homme qui les a créées, ne sont pas non plus indifférents.

⁴ V. *supra*, n^{os} 697 et s.

802 La promotion des biens incorporels en droit pénal incite cependant, sans rejeter la dialectique qui s'impose alors, à faire pencher la balance, à l'encontre de ce que l'on attendrait classiquement du droit pénal, du côté de la personne. Les biens incorporels sont, effectivement, la plupart du temps des biens à forte teneur subjective, leur prise en compte participant de celle de la personne dont ils sont issus. Au-delà, il s'avère même que la promotion pénale de la personne par le biais de sa propriété est, finalement, tout aussi protectrice de la société que la défense purement objective de la propriété qu'une telle protection semblerait postuler. A travers la personne, c'est déjà la société que le droit pénal préserve.

803 Pour résumer, après que la prise en compte pénale des biens incorporels a permis de démontrer qu'existait toujours, en matière de droit pénal de la propriété, un ordre public de direction (**Chapitre 1**), condition même de la détermination d'une ou de plusieurs causes propres à l'intervention pénale, cette considération a permis de découvrir le sens de cette détermination (**Chapitre 2**), c'est-à-dire la cause essentielle de l'intervention pénale en la matière.

CHAPITRE 1 : LA CONDITION DE LA DETERMINATION : LA REMANENCE D'UN ORDRE PUBLIC DIRECTIF

CHAPITRE 2 : LE SENS DE LA DETERMINATION : LA PROMOTION DE LA PERSONNE

Chapitre 1. La condition de la détermination : la rémanence d'un ordre public directif

804 LA PERTURBATION PONCTUELLE DE LA DISTRIBUTION DES FONCTIONS LEGISLATIVE ET JUDICIAIRE, CONSEQUENCE D'UN DEPLACEMENT DE L'ORDRE PUBLIC DIRECTIF. – Pour des raisons bien connues, le législateur est, en droit pénal, le seul qui soit légitime à instaurer un ordre public de direction. La loi pénale, en déterminant et en définissant les incriminations, c'est-à-dire en créant et en conjuguant des normes de comportement et des normes de répression, établit une normalité que chacun se doit de respecter, le juge pénal étant idéalement cantonné au rôle de gendarme de cette circonspection. Ce schéma rationnel semble cependant perturbé – mais en aucune façon bouleversé¹ – lors de la prise en compte pénale des biens incorporels.

805 En effet, si la considération pénale pour les biens incorporels est, tout à la fois, le fait du juge et celui de la loi, le législateur n'ayant pas défini le bien, c'est avant tout par l'interprétation du juge que la notion va évoluer et, avec elle, que la protection pénale de la propriété va s'accroître ou, au contraire, diminuer. Cela ne signifie pas, pour autant, d'un côté, que toute direction proprement législative ait disparu en la matière et, d'un autre côté, que le juge ait remplacé le législateur dans une fonction qui n'appartient qu'à ce dernier. Simplement, parce que la défense pénale de la propriété relève d'un choix immémorial, qui n'a jamais sérieusement été démenti depuis, ce qui à la base était directif – choisir de protéger pénalement un intérêt, quel qu'il soit, est nécessairement directif – est devenu, par l'effet lénifiant du temps, essentiellement déclaratif. Cependant, preuve de la rémanence d'un ordre public directif en la matière, au moins latent, la loi est parfois confrontée, comme c'est par exemple le cas en matière de droit pénal des sociétés², à l'obligation de consolider ou, au contraire, de détourner la direction prise par la protection pénale.

806 En dehors de telles interventions législatives, il est vrai plus ponctuelles que linéaires, c'est vers un ordre public de protection de ce qui a été déterminé qu'a inexorablement glissé la prise en compte pénale de la propriété (**Section I**). Au sein de cet ordre, donc nécessairement en conformité avec la direction imprimée initialement, les résurgences de direction sont essentiellement tributaires des interprétations jurisprudentielles (**Section II**), celles-ci donnant ainsi une acuité particulière à la prise en compte pénale de la propriété.

¹ V. *supra*, n^{os} 63 et s.

² V. *supra*, n^{os} 64 et s.

SECTION I. LE GLISSEMENT LEGAL VERS UN ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

807 L'INTANGIBILITE DE LA *RATIO LEGIS* DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE : LA

PROTECTION DE LA PROPRIETE. – La protection pénale de la propriété a précédé et a survécu à la théorisation de celle-ci et à la spécialisation de celle-là³. L'étude du préjudice a démontré, en effet, que le propriétaire est la seule victime directe d'un vol, d'un abus de confiance ou d'une escroquerie, et que seuls celui-ci ainsi que, par intervention, le titulaire d'un droit sur la chose autre que la propriété, peuvent exercer l'action en réparation d'un dommage né de l'infraction⁴. Ce constat est, à la fois, la conséquence de l'assiduité du bien au sein de l'élément matériel de ces infractions, et la confirmation de la pertinence d'une analyse unitaire de ces dernières. L'incrimination de vol ne protège donc pas, comme l'affirment certains auteurs, la possession, celle-ci n'étant pas nécessairement l'accessoire d'une propriété et ne pouvant certainement pas, en soi, supporter de droit réel⁵. De même, l'incrimination d'abus de confiance ne préserve ni la bonne foi contractuelle, ni la confiance en général, la première ne constituant pas un invariant de l'infraction, la seconde n'étant que la manifestation, dans le domaine des biens, de ce que seul un propriétaire peut juridiquement et effectivement extérioriser⁶. C'est, ainsi, en vertu d'une *ratio legis* commune qu'ont été déterminées puis définies les incriminations précitées, celle-ci ne s'épuisant d'ailleurs pas dans le titre I^{er} du livre III du Code pénal. D'autres incriminations encore, tel l'abus de biens sociaux ou, dans une certaine mesure, le délit d'initié et le recel⁷, peuvent prétendre résulter de cette cause.

808 PRECISIONS SUR L'INTERET PROTEGE : DIALECTIQUE DE LA PROPRIETE EN DROIT PENAL. –

Que représente précisément la propriété pour le droit pénal ? Pour avoir été abordée à de maintes reprises, la question est généralement évitée par la doctrine. La raison de ce silence est simple : le lien formel entretenu entre le droit pénal et l'ordre public, – autrement dit le principe de légalité –, incite plus au constat qu'à la réflexion sur les causes et sur leur légitimité. Ainsi, il apparaît qu'un intérêt est d'ordre public parce qu'il est protégé par le droit

³ Sur la théorisation, v. *supra*, n^{os} 131, 314 et 627 ; sur la spécialisation, v. *supra*, n^{os} 21 et 156 et s.

⁴ V. *supra*, n^{os} 733 et s.

⁵ Sur la thèse de la possession, v. *supra*, n^{os} 234-236 ; 709.

⁶ Sur la thèse de la bonne foi contractuelle, v. *supra*, n^{os} 182-183, 595 et 660 ; sur la thèse de la confiance, v. *supra*, n^o 613.

⁷ Pour l'abus de biens sociaux, v. *supra*, n^{os} 88 et s. ; pour le délit d'initié, v. *supra*, n^{os} 105-108 ; pour le recel, v. *supra*, n^{os} 260 et s.

pénal, et non, à l'inverse, que cet intérêt est protégé par le droit pénal parce qu'il est d'ordre public. Toutefois, la remise en cause contemporaine du législateur et de son oeuvre, assortie à l'essor croissant des contrôles matériels de la loi⁸, conduisent finalement à un rétablissement de la logique initiale : l'incrimination d'un comportement redevient l'affirmation corrélative « *que la valeur atteinte [...] est l'un des piliers de l'ordre public* »⁹. L'antériorité de la valeur par rapport à sa protection pénale ou, du moins, la prééminence d'une conception matérielle de la légalité pénale, est d'autant plus évidente lorsque la fundamentalité de l'intérêt concerné est consacrée par différents textes supralégislatifs, tels le bloc de constitutionnalité et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Or, cela est justement le cas de la propriété dont le respect est, notamment, concurremment garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et par l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne¹⁰. Droit fondamental sans polémique aucune, la propriété l'est cependant à différents titres.

809 Les auteurs pénalistes entretiennent une approche de la propriété qui peut manquer de rigueur ou de précision : si, à l'invitation du Code pénal, la doctrine distingue les atteintes contre les particuliers des atteintes contre l'Etat¹¹, il n'est pas toujours évident de savoir exactement ce qui participe des unes et ce qui participe des autres, et dans quelle mesure. Ainsi, le droit pénal est, de manière générale, présenté comme protégeant principalement le corps social dans son ensemble. Pour autant, l'exposition, par les auteurs, du contenu du livre III du Code pénal, débute rarement par la démonstration de l'apport de la propriété à l'ordre social, mais, bien plus fréquemment, par le simple constat de la logique de sa prise en compte par le droit pénal¹². Plus encore, l'affirmation récurrente en vertu de laquelle les incriminations fondamentales contenues par ce livre protègent le patrimoine, – ce que n'a jamais expressément posé le Code pénal, ancien ou contemporain¹³ –, semble démontrer que

⁸ V., encore récemment, l'instauration d'une « exception d'inconstitutionnalité » par l'article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (sur laquelle v. par ex. B. DE LAMY, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité », *D.*, 2009, chron. p. 177 et s.). Le nouvel article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

⁹ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.), n° 89, p. 61.

¹⁰ V. Cour EDH, « *Marckx c. Belgique* », 13 juin 1979, § 63 : « *En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 [du Protocole n° 1] garantit en substance le droit de propriété* ».

¹¹ V. par ex., de façon très nette, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.), n° 64, p. 81-82.

¹² V., toutefois, A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. VI, Ed. E. Legrand, 1840, p. 543 et s.

¹³ Et ce que l'analyse des infractions contre la propriété réfute : v. *supra*, n°s 558 et s.

l'unique objet de celles-ci est de prévenir, puis de sanctionner, l'atteinte portée à un propriétaire. Ce qui apparaît alors presque comme un détournement des finalités du droit répressif est, en réalité, le reflet d'un paradoxe réel. Celui-ci transparaît dans chaque incrimination dont l'intérêt présuppose l'existence d'une victime privée, notamment à travers la mesure de leur intensité répressive et, partant, de leur importance. La pénalité, instrument de classification tout autant que de répression, reflète bien l'étendue de l'atteinte sociale, quelle que soit l'infraction concernée. En revanche, les circonstances aggravantes font une large place aux personnes, victime ou autres, or leur présence différencie et spécifie l'infraction aggravée¹⁴. Dès lors, pour mesurer la gravité d'une infraction, d'un côté, le droit pénal prend en compte le mal social qu'elle engendre, de l'autre, il considère celui qui est subi par les particuliers, principalement la victime¹⁵. En matière de propriété, les choses sont plus simples qu'il ne paraît : le paradoxe, ainsi esquissé, n'est que la face pénale d'une dialectique déjà connue des civilistes.

810 La propriété est prise en compte par le droit parfois de façon objective, parfois de façon subjective. Il ne s'agit là, en effet, que de tirer les conséquences du fait que, dans le Code civil, la notion de propriété désigne, selon les articles, soit la chose appropriée elle-même¹⁶, soit la relation en vertu de laquelle celle-ci est appropriée¹⁷. Subjectivement, la propriété est un droit subjectif, c'est-à-dire une prérogative attachée à la personne¹⁸ : elle est un pouvoir de vouloir juridiquement reconnu, or la volonté ne peut trouver sa source que dans la personne, participant même de sa constitution¹⁹. Chaque bien est, alors, l'objet d'un droit subjectif propre et, à travers le bien, c'est donc la personne que le droit reconnaît et protège, celui-là ne constituant qu'une projection de celle-ci dans la sphère juridique. L'examen de la substance principale du préjudice causé par une infraction contre la propriété le confirme²⁰.

¹⁴ Voir C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 55, Dalloz, 2006, n^{os} 75 et s., p. 49 et s.

¹⁵ V. déjà, à propos du préjudice, *supra*, n^{os} 733 et s.

¹⁶ V. par ex. art. 545, 757, 1094-1, 1601-3 et 2477 C. civ. – V. aussi art. 17 DDHC, art. 34 C58 et § 1 de l'art. 1^{er} du Prot. n^o 1, Conv. EDH.

¹⁷ V. par ex. art. 544 et 1604 C. civ.

¹⁸ Voir F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^{os} 548 et s., p. 751 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 452 et s., spéc. p. 456.

¹⁹ Voir G.-W.-F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, coll. GF, Flammarion, 1999 (texte de 1821), § 41, p. 120 : « la personne est la volonté infinie qui est en-et-pour-soi ».

²⁰ V. *supra*, n^{os} 707 et s.

811 Plus encore, chaque droit subjectif est, en réalité, un droit de propriété²¹ : la qualité de propriétaire est la seule sur laquelle une personne peut se fonder, lorsqu'est en cause un objet sur lequel celle-ci dispose d'une exclusivité, pour imposer juridiquement sa volonté aux autres. L'obligation, essence de tous les droits patrimoniaux, réels tout autant que personnels, n'est pas une relation en vertu de laquelle un sujet va, de façon dynamique, exprimer et commander sa volonté aux autres, mais l'un de ses objets, c'est-à-dire un bien : le sujet dispose de l'obligation ; il ne dispose pas en vertu de celle-ci. L'obligation est, en soi, détachée de la personne comme seule une chose peut l'être. Elle est un rapport juridique réifié et, à ce titre, peut faire l'objet d'un commerce juridique. Tout au plus peut-on la concevoir, au final, comme un pouvoir d'exiger, qu'il faut alors certainement discerner du pouvoir quasi absolu de vouloir que constitue, seule, la propriété²². Cette spécificité de la propriété en fait une technique fondamentale du droit : elle est le fondement de l'activité juridique, puisqu'elle permet à chacun d'entrer dans la sphère juridique, c'est-à-dire d'exister et d'agir juridiquement²³. L'établissement d'une relation subjective avec le monde, objet de la personnalité juridique, nécessite l'appropriation pour se réaliser. La personnalité juridique peut, en effet, pertinemment se définir comme l'aptitude à avoir, à disposer et à s'obliger²⁴. Or, alors même que la propriété est, sans conteste aucune, au cœur de ces deux premières aptitudes, elle est également partie prenante dans la dernière, puisque, « être apte à s'obliger, c'est avant tout être apte à offrir ses biens en garantie à ses créanciers »²⁵. La propriété est donc essentielle, voire inhérente, à l'ordre juridique français. Peut-être même constitue-t-elle, plus fondamentalement encore, la base technique nécessaire à tout ordre juridique.

812 Si le droit pénal utilise parfois la technique de la propriété comme un instrument au service de la répression²⁶, il ne s'agit désormais, en considération de ce qui précède, que de s'interroger sur les raisons de sa mobilisation en faveur de la propriété. Sa prise en compte de la propriété objective, bien qu'amphibologiquement annoncée par le Code pénal de 1810 comme une

²¹ En ce sens, v. F. ZENATI, *op. cit.*, n^{os} 562 et s., p. 773 et s. – V. toutefois, à propos d'une éventuelle nuance, *supra*, n^o 708.

²² Voir R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1934), n^{os} 14 et s., p. 43 et s.

²³ Voir F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 445 et s., spéc. p. 457 et s. S'ajoute à cela que, dans l'intérêt général, « les possessions garantissent la fidélité » des hommes à la société, selon J.-E.-M. PORTALIS : v. dudit, *op. cit.*, p. 232.

²⁴ Voir F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 462. *Adde* F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n^{os} 106 et s., p. 113 et s.

²⁵ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 462.

²⁶ V. *supra*, n^{os} 420, 624 et 705.

finalité²⁷, n'est en réalité que le moyen commandé par la technique infractionnelle pour protéger l'intérêt « propriété ». L'élément matériel de l'incrimination doit, en effet, contenir le substrat de l'intérêt protégé pour parfaire sa définition : le bien pour la propriété²⁸. Au-delà des apparences, qui conduisent ainsi trop rapidement à assimiler la propriété à l'avoir, il faut donc la rechercher plutôt du côté de l'être, ce à quoi incitait également, en vertu d'une dialectique peu maîtrisée, le Code pénal de 1810 : les « *crimes et délits contre les propriétés* » étaient, en première analyse, des « *crimes et délits contre les particuliers* ». Pour autant, cette subsomption ne règle pas tout : le Code pénal de 1992 a, à son tour, mis en lumière une problématique insidieuse, en situant les « *appropriations frauduleuses* » au seuil d'un livre enclavé entre les « *crimes et délits contre les personnes* » et les « *crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique* ». Même si l'on s'accorde à inscrire pénalement la propriété protégée du côté de l'être, celle-ci est-elle défendue et sanctionnée parce qu'elle est attachée à une personne donnée, le propriétaire du bien atteint, ou parce qu'elle est une institution consubstantielle à la vie de l'homme en société ? En définitive, vise-t-on la protection de l'individu ou celle de la société ?

813 La réponse est d'autant moins évidente que la présence de la propriété dans de nombreux textes fondamentaux est, à l'instar de sa prise en compte pénale, susceptible d'être interprétée de deux façons. La propriété peut, en effet, prétendre s'inscrire tout autant dans les règles d'organisation de la société que dans les droits et libertés fondamentaux des individus. Cependant, bien que cette distinction semble intuitivement recouper le contenu sanctionné de la Constitution de 1958, celui-ci doit, en réalité, être entendu avec davantage de rigueur. Les règles que le contrôle de constitutionnalité garantit ne concernent que, d'un point de vue formel, la séparation des pouvoirs²⁹ ; la propriété ne s'y insère donc pas de façon directe. En revanche, la nécessité technique et structurelle de cette dernière explique sans doute sa promotion fondamentale matérielle : le bloc de constitutionnalité et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme ne contiennent pas n'importe quel droit³⁰. Cette élévation, ainsi que les raisons qui la motivent, apparaissent particulièrement claires, par

²⁷ Dans le Code pénal de 1810, le chapitre 2 du titre II, consacré aux infractions contre la propriété, était intitulé : « *Crimes et délits contre les propriétés* » (nous soulignons). Désormais, le livre III du Code pénal est certes objectivement voué aux « *crimes et délits contre les biens* », mais son titre I^{er}, contenant actuel des infractions susdites, s'annonce subjectivement comme la sanction « *des appropriations frauduleuses* ».

²⁸ V. *supra*, n^{os} 15 et s.

²⁹ V. art. 16 DDHC : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution* ».

³⁰ Comp. R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n^{os} 856 et s., p. 663 et s.

exemple, dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 16 janvier 1982 en matière de nationalisations³¹. A cette occasion, le Conseil a précisé que « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique* ». L'affirmation de principe ainsi rapportée semble donc bien faire la part entre ce qui, dans la propriété, participe de la sauvegarde de la société, et ce qui concourt à la défense de l'individu. Toutefois, malgré l'objet très abstrait que constitue, en général, une loi contrôlée par le Conseil constitutionnel, il s'agissait, en l'occurrence, d'apprécier la validité d'une loi de nationalisation, c'est-à-dire d'un texte qui n'empruntait la forme législative que par nécessité. L'article 34 de la Constitution de 1958, obligeant à une lecture restrictive des articles 544 et 545 du Code civil en la matière, donne en effet compétence exclusive à la loi pour fixer « *les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Ainsi, ce fut en réalité, à travers l'examen de cette loi, le droit de propriété de personnes privées expropriées que le Conseil garantit, et non véritablement ou, du moins, pas directement, l'objet ou l'intérêt de ce droit : non seulement, seuls les sujets et leur droit ont été préservés par la décision, au détriment de l'objet qui a été substitué par une indemnisation³², mais, en plus, ce sont des personnes privées qui ont finalement été bénéficiaires d'une protection contre d'éventuelles atteintes sociales.

814 Le droit pénal entretient une approche de la propriété comparable à celle des gardiens des droits fondamentaux. D'un côté, le juge pénal peut se contenter, techniquement et opportunément, d'une atteinte objective portée à la propriété pour entrer en répression. Par exemple, le voleur dont la victime n'est pas identifiée peut ne pas échapper à la sanction consécutive à son comportement³³. D'un autre côté, les poursuites en matière d'infractions contre la propriété sont, dans la plupart des cas, déclenchées par la constitution de partie civile du propriétaire, celui-ci étant de surcroît doté de véritables prérogatives dans le cadre du procès pénal qui s'ouvre alors. En définitive, s'il est certain que l'approche objective de la propriété par le droit pénal dépasse parfois la seule technique infractionnelle, l'approche subjective n'est pas non plus à délaissier, la lésion de la propriété provoquant, concurremment,

³¹ N° 81-132 DC. – *Adde* décision du 11 févr. 1982, n° 82-139 DC.

³² En ce sens, v. F. ZENATI, « Sur la constitution de la propriété », *D.*, 1985, chron. p. 171 et s.

³³ Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376 ; Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318.

une atteinte à la personne et à la société. L'indétermination congénitale de la propriété trouve donc dans le droit pénal, parce qu'il évolue dans une dialectique constante entre intérêt général et intérêts particuliers, un terrain d'élection particulièrement fertile. Corrélativement, il apparaît difficile de dégager une approche spécifiquement pénale de la propriété, et, quand bien même, d'assurer de son orientation. Le droit pénal est-il, pour autant, condamné à la neutralité ?

815 LE GLISSEMENT INELUCTABLE D'UN ORDRE PUBLIC DE DIRECTION A UN ORDRE PUBLIC DE PROTECTION. – De façon générale, mais contemporaine, la réponse à cette interrogation paraît aisée à apporter et, pour cette raison, n'étonne guère : la considération du législateur pour l'individualisme croissant, en retranchant le droit pénal dans un détachement impartial, a conduit au relatif mais marquant « *glissement d'un ordre public de direction à un ordre public de protection* », ainsi qu'à la fuite de l'étanchéité traditionnellement entretenue entre réparation et répression³⁴. De façon plus spéciale, parce que le libéralisme économique est, tout à la fois, le déclencheur et le terreau propice à cette évolution, on pourrait, semble-t-il, avancer sans risque que l'instrument de prédilection de cet état politique, c'est-à-dire la propriété, est devenu une fin en soi bien au-delà de sa fonction sociale. De la sorte, la propriété serait également protégée par le droit pénal en tant qu'élément, parmi d'autres, d'un bien-être économique de chacun. De surcroît, s'il s'avérait finalement que, comme le précise un auteur, « *les bonnes mœurs contemporaines consistent [...] à respecter en toutes circonstances la volonté d'autrui* »³⁵, et que le droit pénal se contente simplement d'en prendre acte, la propriété trouverait dans cet état du droit, en tant que mécanisme qui autorise déjà un individu à imposer juridiquement sa volonté aux autres, une absoluité intangible et une force incontestable. En bref, il ne s'agirait plus vraiment, pour le droit pénal, de déterminer ce que doivent être la propriété, sa place et sa protection, mais de s'adapter à ce que la propriété est devenue, fût-elle le moyen par lequel une personne impose sa liberté aux autres.

³⁴ P. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 141 et s. ; « Les trajectoires du droit pénal depuis 1975 », in n° HS : *Les trajectoires du droit*, RJ com., 2006, p. 193-194. – Adde G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, LGDJ, 2008, (3^{ème} éd.), n°s 73 et s., p. 166 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.*, 1986, chron. p. 27 et s. ; F. ALT-MAES, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 347 et s. ; J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 59 et s. – V. aussi *supra*, n° 362.

³⁵ P. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, n° 2, p. 142.

816 En réalité, quelle que soit l'orientation politique ou économique d'une société, la sécurité des biens souffre, dans son principe, de peu de polémique ; elle est un impératif dans toutes les communautés juridiques. La constance de la protection de la propriété par le droit fait alors oublier que celle-ci procède, originairement, d'un véritable choix. La volonté de préserver le rapport de chaque personne avec ses biens ne peut, en effet, être considérée comme la simple conséquence de la préexistence d'un système, puisque, historiquement, elle a précédé la théorisation de la propriété. Or, cette détermination initiale a pris la forme d'une infraction pénale³⁶. Dès lors, contrairement aux apparences contemporaines, la protection pénale de la propriété est l'une des manifestations les plus anciennes et les plus fortes de l'existence et de la pérennité d'un ordre public de direction. Simplement, le choix a été fait de vieille lune, et le contexte incite certainement à l'omettre. Pour autant, une fois cette vérité rétablie, il faut bien reconnaître que la faible propension du législateur moderne à faire évoluer les textes d'incrimination, malgré les difficultés que suscite, parfois, leur interprétation, autorise à constater le basculement de la prise en compte pénale de la propriété dans un ordre public plus protecteur que directif. Depuis les premiers temps du droit répressif, la donne n'a pourtant cessé de changer en la matière : la propriété qui s'épanouit dans l'économie capitaliste va bien au-delà de celle que nécessite l'ordre social. De plus, les quelques limitations apportées par le droit pénal à l'exercice de la propriété³⁷ apparaissent en définitive bien timides en comparaison de la protection dont il la dote. Elles ne concernent d'ailleurs, en général, que les immeubles, biens que le droit pénal a, par tradition plus que par fatalité, du mal à prendre en compte comme des objets à préserver³⁸. Enfin, la seule phase proprement moderne de détermination législative en la matière a pour but non dissimulé de protéger encore plus.

817 L'EXISTENCE D'UNE PHASE LEGISLATIVE MODERNE DE DETERMINATION : LE DROIT PENAL DES SOCIETES. – Sans revenir sur les causes de la détermination du droit pénal des sociétés³⁹, on peut simplement souligner, une fois de plus, que celle-ci est étroitement liée à la dématérialisation des biens : c'est principalement parce que s'est développée une propriété sans corps qu'il a fallu, en réaction, créer des mécanismes de protection adaptés. A la lueur de

³⁶ V. *supra*, n^{os} 131, 314 et 627.

³⁷ Pour une synthèse de ces restrictions, v. par ex. D. AUGER, *op. cit.*, n^{os} 435 et s., p. 237 et s. Plus largement, v. A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, coll. Bibl. dr. privé, t. 351, LGDJ, 2001, *passim*.

³⁸ V. *supra*, n^{os} 628 et s.

³⁹ Sur lesquelles, v. *supra* n^{os} 66 et s.

ce qui précède, le droit pénal pourrait apparaître, de nouveau, comme un droit plus sanctionnateur que déterminateur. Toutefois, s'il est vrai que le législateur pénal n'a alors fait le choix que d'étendre la protection d'un intérêt qu'il considérait déjà comme important, une telle volonté peut, malgré tout, être qualifiée de pleinement expressive⁴⁰. En premier lieu, l'intervention de la loi pénale a été déterminante dans la reconnaissance, essentiellement postérieure à son adoption, des biens immatériels innommés ou inédits. En second lieu, la norme pénale procède toujours d'un dessein de protection. De plus, en préservant le patrimoine des sociétés, le législateur défend en réalité une propriété qui remplit une fonction sociale autre que celle de la propriété individuelle classique : outre qu'elle participe à l'essor économique de l'Etat français, en faisant croître son produit intérieur brut, l'entreprise est l'un des lieux dans lesquels se développe ordinairement le caractère frugifère de la force de travail. C'est pourquoi, lorsque, encore une fois sous l'influence de la dématérialisation des biens, le juge pénal reconnaît de nouvelles formes de propriété, celui-ci ne se contente pas, comme le législateur qui a déterminé certaines incriminations de droit pénal de société, de s'accommoder à un état de fait ; il fait un choix.

818 LA PROMOTION DU JUGE PENAL. – Il apparaît donc finalement difficile de discriminer ce qui participe vraiment d'un ordre public de direction, de ce qui s'inscrit, plutôt, dans un ordre public de protection. Tout au plus peut-on, peut-être, éprouver la force directive des choix opérés à la résistance corrélative qu'ils suscitent, principalement en doctrine. Ainsi, les décisions les plus discutées en matière pénale contemporaine, indépendamment de la procédure dont la forte teneur politique provoque inéluctablement polémiques et passions, ont pour auteur le juge pénal. Si l'on excepte, en effet, la responsabilité pénale des personnes morales et l'évolution de la faute pénale⁴¹, c'est la jurisprudence qui a conduit à des évolutions ou, à l'inverse, à des immutabilités notables. Qu'il s'agisse, pour lui, d'étendre la portée d'un texte, par le biais d'une interprétation téléologique, ou d'asseoir la rigidité d'une règle, par le biais d'une interprétation restrictive, le juge pénal en modèle nécessairement l'expression et provoque, par là même, des réactions. Par exemple, le refus ferme et constant opposé par la Cour de cassation à l'insertion du fœtus dans le cadre de la protection pénale de la personne⁴² oblige, d'un côté, à une définition stricte de la personne humaine en droit pénal,

⁴⁰ Sur cette fonction de la norme pénale, v. *supra*, n° 63.

⁴¹ Sur la faute pénale, v. A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, thèse, Toulouse I, 2008, n°s 395 et s., p. 277 et s.

⁴² V. notamment, au sein d'une littérature véritablement prolifique, sur Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174 : *D.*, 1999, juris. p. 710 et s., note D. VIGNEAU ; *JCP G.*, 2000, II, 10406, note G. FAURE ; *Defrénois*,

et, d'un autre côté, à l'adoption éventuelle d'un texte propre à la protection pénale du corps humain en gestation – si tel est le choix qui s'impose opportunément. Plus remarquablement encore, la prise en compte, par la Chambre criminelle, de biens incorporels inédits, sans qu'il soit pour autant nécessaire de faire évoluer l'esprit ou la lettre des incriminations protégeant classiquement la propriété, est la manifestation positive de l'aptitude du juge pénal à faire des choix conséquents. En l'occurrence, l'audace du juge ne réside pas essentiellement, comme on pourrait le croire de prime abord, dans l'ouverture des textes concernés à l'immatériel, le législateur ayant clairement extériorisé sa volonté d'une telle extension⁴³ ; c'est, en réalité, la non moins importante participation du juge pénal à la définition de ce qu'est un bien qui constitue l'un des signes les plus marquants du renouveau contemporain de ses prérogatives. Comme l'illustre particulièrement ce dernier exemple, le dynamisme et la normativité du droit pénal n'ont donc pas disparu, mais ils s'opèrent désormais en temps réel et de façon plus souple, par le biais du juge. En contribuant, notamment, à la définition de l'assiette de la propriété, la Cour de cassation, principalement, participe à l'établissement des frontières entre ce qui peut légitimement prétendre à la protection pénale, et ce qui ne peut pas même faire l'objet d'un droit privatif. Ainsi, le juge pénal détermine l'approprié à sa façon, remodelant tout à la fois le droit de la propriété et le droit pénal, en tranchant la dialectique qui configure leur relation. En bref, principalement par sa considération des biens incorporels, le juge pénal donne une direction à la protection pénale de la propriété.

SECTION II. LA RESURGENCE PRETORIENNE D'UN ORDRE PUBLIC DE DIRECTION

819 LES UTILITES PROPRES A L'EXISTENCE D'UN DROIT PENAL DE LA PROPRIETE. – En matière de propriété, le maintien du caractère directif du droit pénal est le fait du juge. Plus encore, celui-ci a même assuré, par sa réactivité, la promotion normative du droit qu'il pratique. En adaptant les textes quasi intangibles qui fondent le droit pénal de la propriété aux réalités

15 oct. 1999, n° 19, p. 1048 et s., note P. MALAURIE ; *Dr. Famille*, 1999, chron. n° 20, par D. REBUT ; *LPA*, 17 nov. 1999, n° 229, p. 15 et s., note F. DEBOVE ; *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 813 et s., obs. Y. MAYAUD ; – sur Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 165 : *D.*, 2001, juris. p. 2907 et s., note J. PRADEL ; juris. p. 2917 et s., note Y. MAYAUD ; *JCP G.*, 2001, II, 10569, rapport P. SARGOS, conclusions J. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *Dr. Famille*, 2001, chron. n° 21, par D. VIGNEAU. – *Adde* M.-L. RASSAT, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 12 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, B. DE LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999) », *D.*, 2000, chron. p. 181 et s.

⁴³ V. *supra*, n°s 63 et s.

volubiles de l'appropriation et, principalement, au phénomène de dématérialisation des biens, le juge pénal garantit, à la fois, la constance du dirigisme répressif et l'essor de la fonction normative du droit pénal. En effet, outre que le juge pénal est, sans conteste, l'un des principaux acteurs de la consécration des propriétés incorporelles, les biens qu'il reconnaît alors sont, pour le moment, protégés plus aisément par le droit pénal que par d'autres mécanismes. Ainsi, l'expression normative est claire : il faut, non seulement, protéger la propriété, mais surtout, prendre en compte tous les biens, car « *un bien quelconque [n'est] pas seulement [...] un bien corporel* »⁴⁴. De même, l'importance de cette protection pénale ne se mesure pas qu'à l'aune de ses effets : son existence est, en soi, déjà salutaire, puisque certains biens incorporels ne peuvent prétendre à aucun autre protectorat. Si l'on veut bien admettre que la normativité et la réactivité sont, en vérité, des caractères classiques du droit pénal, ce que le juge suscite alors est, plutôt qu'un bouleversement, la résurgence d'un droit pénal conforme à lui-même. Grâce à son intervention, principalement provoquée par l'essor des biens incorporels, il est désormais possible de véritablement mesurer l'apport du droit pénal de la propriété.

820 La rencontre du droit pénal et du droit de la propriété est, en raison du droit original qui se crée de et à cette intersection, doublement révélatrice. En premier lieu, le droit pénal renseigne sur la portée réelle du droit des biens, ainsi que sur les relations entretenues entre les différentes normes, parfois très hétérogènes, qui permettent le dynamisme de ce dernier (§ 1). A cette utilité extrinsèque s'ajoute, en second lieu, la révélation intrinsèque, à travers la protection pénale mise en œuvre, à la fois de l'originalité, de la normativité et de la fondamentalité du droit pénal en matière de propriété (§ 2).

§ 1. L'utilité extrinsèque du droit pénal de la propriété

821 L'UTILITE EXTRINSEQUE DU DROIT PENAL DE LA PROPRIETE : L'AGREGATION DU DROIT PENAL AU SEIN DU DROIT DES BIENS. – Le droit civil des biens est une matière de synthèse : « *S'il forge ses propres conceptions, c'est pour les mettre au service d'autres domaines juridiques, qui l'irriguent en retour et contribuent à lui fournir sa sève* »⁴⁵. Son dynamisme est donc, la plupart du temps, assuré extrinsèquement, par le biais de la détermination ou de

⁴⁴ Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338.

⁴⁵ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 2, p. 298.

l'application des règles posées par les autres branches du droit. Parmi celles-ci figure traditionnellement, en première ligne, le droit patrimonial de la famille, notamment en ce que sa mise en œuvre postule la qualification de biens parfois singuliers⁴⁶. Ainsi, les valeurs générées par la force de travail ont, par exemple, souvent pu trouver une première consécration juridique en ce domaine, les revenus et leurs produits constituant, pour le mieux, la base de l'ensemble des richesses d'une personne et, pour le moins, le tout de son patrimoine. Toutefois, l'absence contemporaine de sédimentation des revenus et, partant, la disparition du capital, sous l'effet de différentes causes, ont fait perdre au droit patrimonial de sa vitalité⁴⁷. Dès lors, seules les matières pratiquant quotidiennement l'ordre du réel assurent, désormais, la régénération du droit civil des biens, cette dernière s'opérant donc continuellement, mais devant malgré tout certainement être consolidée par une recodification⁴⁸.

822 Bien que trop souvent omis à l'heure de l'inventaire, le droit pénal fait pourtant partie de ces sources régénératrices. Cet oubli est sans doute dû, outre à la méconnaissance et à l'indifférence de certains auteurs pour un droit qu'ils ne conçoivent que sanctionnateur, à la rigueur que lui imprime le principe de légalité. Pourtant, cette règle fondamentale ne représente, en réalité, que la garantie d'une répression encadrée, justifiée et prévisible. Elle ne s'oppose aucunement à l'évolution de l'interprétation des normes par l'application d'un principe de réalité. Au contraire, le réalisme du droit pénal est, à la fois, une nécessité et une conséquence⁴⁹ ; ce droit doit sans cesse s'adapter à l'évolution des faits juridiques et des objets qu'il régit, c'est-à-dire aux transformations de ce qu'il réprime et de ce qu'il protège. Ce primat du réel sur le concept et, finalement, de l'objet sur le droit, permet même au droit pénal d'être bien souvent un précurseur en matière d'appropriabilité. Il est, par exemple, le premier à avoir conçu l'électricité, puis l'information sous ses différentes formes, comme des objets de propriété⁵⁰. Dès lors, au-delà de la recherche de la cause, les effets sont de toute façon bien tangibles. Le juge pénal dégage de nouveaux biens, et reconnaît l'existence de

⁴⁶ V. par ex, concernant un parc à huitres : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ.* I, n° 148.

⁴⁷ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 2, p. 298-299. – Adde P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, p. 185 et s.

⁴⁸ En ce sens, R. LIBCHABER, *op. cit.*, p. 297 et s. ; T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.*, mars 2004, n° 124, p. 21.

⁴⁹ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 28, p. 12-13 ; J.-L. HALPERIN, « De quelques apports de la jurisprudence pénale à l'évolution du droit civil français », in *Juges et criminels : études en hommage à R. Martinage*, Ed. Hellemmes, 2001, p. 415 : il faut considérer « le " réalisme " des magistrats habitués au contentieux pénal, plus sensibles peut-être aux situations de fait et plus soucieux de faire payer les responsables [...] ».

⁵⁰ V., à propos de l'électricité, *supra*, n°s 3, 140 et 247 ; à propos de l'information, *supra*, n°s 384 et s.

mécanismes juridiques originaux nécessaires à les recevoir. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 septembre 2004, admis que le détournement d'un bien incorporel créé devait être sanctionné, alors même qu'aucun texte préexistant ne concédait expressément une telle propriété, et que le Code civil ne pose toujours pas la création comme un mode d'acquisition originaire de la propriété⁵¹. De la sorte, le juge de la responsabilité pénale agit avec autant de réactivité et d'inventivité que le juge de la responsabilité civile. Cependant, son intervention porte le sceau plus lourd à assumer de la propriété, auquel s'ajoute, au surplus, celui de la légalité stricte.

823 La qualification de bien et, partant, la définition de l'approprié, n'est ainsi pas l'apanage du législateur. Le juge peut valablement dire ce qu'est un objet de propriété et, en considération du fait que la réservation d'une chose est avant tout une réalité objective et sociale, qui se constate, il semble même le plus apte à le faire, par son contact quotidien et continu avec les justiciables⁵². De surcroît, cette étape est, pour le juge pénal particulièrement, une nécessité technique : pour opposer un droit de propriété à quelqu'un, encore faut-il préalablement le poser, c'est-à-dire l'établir⁵³. L'une des particularités du droit répressif repose, en effet, dans l'obligation d'une preuve essentiellement étatique des éléments de l'infraction, parmi lesquels figure l'existence d'une propriété, lorsque tel est l'intérêt qu'il s'agit de protéger⁵⁴. Or, contrairement à d'autres domaines qui font l'objet d'une compétence d'attribution, cette dernière impliquant alors, pour celui qui n'en est pas titulaire, de surseoir à statuer lorsqu'il s'y trouve confronté, aucune juridiction n'a le monopole de l'affirmation de la propriété, du moins lorsque n'est pas en cause un « *droit réel immobilier* »⁵⁵. Tout au plus affirme-t-on, en

⁵¹ *Bull. crim.*, n° 218 ; *supra*, n°s 203 et s. – Voir T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 10, p. 278 : « En dehors de l'accession par production, il n'existait aucune base susceptible de permettre l'édification d'un nouveau mode d'acquisition conforme aux caractéristiques des créations issues de l'industrie humaine. [...] Le Code civil n'a donc pu que laisser filer en dehors du droit civil une grande partie des valeurs nouvelles ».

⁵² Voir C. ATIAS, *Les biens*, Litec, 2007 (9^{ème} éd.), n° 88, p. 69 : « Comme le contrat ou la famille, la propriété est une réalité ; avant d'être définie, protégée, limitée par des règles de droit découlant de dispositions légales et de décisions judiciaires, elle est déjà une composante de l'ordre social. [...] Même si les juristes tendent à l'oublier, la propriété n'est pas seulement un concept juridique ; elle le devient avant même d'être une notion législative, jurisprudentielle ou doctrinale » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 10, p. 40 : « Dès lors qu'un objet apparaît utile et appropriable, qu'il entre peu ou prou dans le commerce, il devient objectivement un bien et devrait être considéré comme tel quoi qu'en dise – surtout : que n'en dise pas – la loi ».

⁵³ En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 167, p. 266.

⁵⁴ Sur cette preuve, v. *supra*, n°s 484 et s.

⁵⁵ V. art. 384 C. proc. pén. : « Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier ». Outre qu'un tel droit ne pose généralement de problème, ni quant à son existence, ni quant à son attribution, en raison des mesures de publicité dont il fait l'objet, le droit pénal n'apparaît de toute façon pas, au principal, comme ayant vocation à le protéger : v. *supra*, n°s 628 et s.

vertu d'une autre problématique, la compétence exclusive du juge judiciaire, c'est-à-dire notamment du juge pénal⁵⁶. Celui-ci est donc parfaitement apte à reconnaître la propriété où elle se situe. Au demeurant, bien que la réponse du législateur soit en général, lorsqu'il est lui-même confronté à un tel problème, prompte et adaptée, le rôle de ce dernier apparaît plus pertinemment et, peut-être, plus fondamentalement, de poser l'inappropriable et l'indisponible. N'est-ce pas là, d'ailleurs, l'un des nombreux messages incidents du laconique, mais pourtant riche, article 544 du Code civil⁵⁷? Quoi qu'il en soit, rien n'empêche vraiment le juge pénal de participer activement à la définition de l'assiette de la propriété et, concrètement, c'est bien ce qu'il fait.

824 Reste, pour aller plus loin, que la concurrence entre les responsabilités civile et pénale est troublante, notamment en ce qu'elle conduit à protéger les mêmes types de propriété selon des fondements qui diffèrent. Ainsi, une décision rendue par le juge pénal ne sera dotée, en ce domaine, d'aucune autorité au civil, du moins si le justiciable choisit la voie de la responsabilité plutôt que celle de la propriété ; « *l'immutabilité que le législateur confère à ce que le juge a tranché dans son jugement* »⁵⁸ pourra alors, en principe, être contournée. Par exemple, les biens intellectuels ne pouvant prétendre à la qualification d'œuvres littéraires et artistiques, principalement en raison d'un défaut d'originalité, ne sont délaissés ni par le droit pénal, ni par le droit de la responsabilité civile⁵⁹. Cette intersection démontre certainement une unité dissimulée, sans doute celle d'une propriété au moins latente⁶⁰, mais elle conduit également à une révélation.

⁵⁶ V. par ex. Cons. const., déc. du 25 juill. 1989, n° 89-256 DC, cons. n° 23 : rappel de « *l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ».

⁵⁷ « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Plus justement, dans ce texte comme dans d'autres, par exemple dans l'article 1128 du Code civil, le législateur intervient surtout pour limiter le pouvoir de disposition de certains biens, ce que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie, plus largement, de « *réglementation de l'usage des biens* » (v. par ex. « *Chassagnou et autres c. France* », 29 avr. 1999, §§ 74 et s.). C'est logique : une propriété sans dynamisme ne pourra, en principe, pas nuire à la société.

⁵⁸ Définition de l'autorité de la chose jugée proposée par J. HERON, T. LE BARS, in *Droit judiciaire privé*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2006 (3^{ème} éd.), n° 332, p. 265.

⁵⁹ V. par ex. Cass. com., 30 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 27 ; *JCP G.*, 2001, I, 340, p. 1498 et s., obs. G. VINEY : protection de catalogues par le biais de la responsabilité civile ; Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : protection d'un projet de réalisation d'une borne de gestion par le biais du droit pénal.

⁶⁰ V. *supra*, n° 137. V. aussi, en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 69, p. 118 : la qualification de « *parasitisme économique* » « *revient à consacrer l'appropriation de cette valeur car seule une situation d'exclusivité peut expliquer que le simple fait de captation par un tiers suffise à le constituer en fauteur. L'absence de nécessité de prouver la faute trahit l'existence d'un droit subjectif comme un emploi adapté de l'article 1382 du Code civil a préfiguré et préparé la consécration légale du droit au respect de la vie privée, celle de la protection de la prestation de l'artiste-interprète, et celle de la protection des logiciels* ». – La responsabilité dévoile également de nouveaux aspects de la propriété : v. Ass. plén., 7 mai 2004, *Bull. A. P.*, n° 10 : « [...] le

825 Ce qui est ainsi protégé l'est au-delà de la démonstration de son originalité. En revanche, ce qui semble déterminant en matière de responsabilité civile, et que le droit pénal ne néglige d'ailleurs pas non plus, est la valeur patrimoniale de la chose. C'est, en effet, parce que le travail de quelqu'un a produit une valeur et qu'un autre en a profité sans droit et, peut-être plus largement, sans cause, que la Cour de cassation sanctionne. Evident dans certains arrêts⁶¹, ce constat demeure la plupart du temps implicite, preuve peut-être de son caractère accessoire. En réalité, c'est parce que l'action se fonde sur les articles 1382 et 1383 du Code civil que le juge doit avant tout caractériser une faute, un préjudice et un lien de causalité. Mais à ces conditions traditionnelles s'ajoute alors celle, non moins nécessaire, de l'existence d'une valeur économique⁶². Celle-ci devient même, en matière de parasitisme, une condition qualifiante, à tel point qu'elle conduit à évincer le préjudice – et, partant, le lien de causalité –, et à reconnaître une « *traduction économique* »⁶³ de la faute, faisant de cette dernière un simple élément qualifié : « *le fait même de tirer partie de la notoriété [d'autrui] constitue une faute* »⁶⁴. Dès lors, s'il s'agit bien, là encore, d'une faute, c'est seulement par référence à l'objet concerné, c'est-à-dire la valeur tirée de la notoriété. Le tiers ne commet une faute, effectivement, que parce qu'il use normalement de la valeur en en tirant profit, alors qu'un autre possède déjà une exclusivité sur celle-ci, car il l'a créée. Tout réside donc dans la réservation préalable aux agissements, c'est-à-dire dans l'existence d'une propriété. De même, le préjudice n'est pas essentiel parce qu'il se déduit suffisamment de l'atteinte à la valeur et, lorsqu'il est malgré tout caractérisé par le juge, il se condense généralement en la conséquence d'une atteinte portée à la « *personnalité économique* » de la victime⁶⁵, qui ne peut être que sa propriété. La genèse de cette protection confirme d'ailleurs cette hypothèse : « *D'abord, la notoriété n'est pas née toute seule : elle est une création ; ensuite, elle constitue*

propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; [...] il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».

⁶¹ V. par ex. Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2003, inédit, pourvoi n° 02-14958 ; *RTD civ.*, 2003, p. 730 et s., obs. T. REVET : condamnation d'un preneur rural car il « *était sans droit à cultiver les terres des bailleurs [...] et ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes* ». En effet, « *les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres* ». – Sur la valeur en droit pénal, v. *supra*, n^{os} 303 et s.

⁶² Voir P. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, coll. Responsabilités, 1998, n° 98, p. 77 ; n° 107, p. 83 ; n° 130, p. 101.

⁶³ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, coll. Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, 1997, n° 377.

⁶⁴ T. com. Nanterre, 25 juin 1996, « *Les Tambours c. TFI* », cité par P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 106, p. 83.

⁶⁵ X. DESJEUX, « *Quelle protection juridique pour le modèle " fonctionnel " ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise* », *Gaz. Pal.*, 1981, 1, doct. p. 297 et s. ; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 238, p. 187. – Quoi qu'il en soit, « *un préjudice [...] ne peut pas servir, semble-t-il, de critérium à une notion juridique* » : *ibidem*, n° 241, p. 188. V. aussi *supra*, n^{os} 686 et s.

une valeur économique »⁶⁶. Et son domaine la renforce, puisqu'il est « *celui de toute valeur économique ou, ce qui revient au même, de tout bien juridique* »⁶⁷. Enfin, les caractères préventif et réparateur de la responsabilité civile conduisent alors, sans conteste, à assurer une opposabilité *erga omnes* de la valeur ainsi protégée⁶⁸.

826 De la cause à l'effet, il s'agit de propriété, ce qu'a d'ailleurs fini par admettre, dans un éclatant aveu, l'un des principaux partisans de la responsabilité civile : « *Longtemps, j'ai répugné à franchir ce pas, non seulement par crainte d'effaroucher par trop les " gardiens du temple ", mais aussi parce que j'avais sans doute une vision figée du droit de propriété. Or, celui-ci est dynamique, et rien ne justifie une limitation définitive et abstraite des droits de propriété* »⁶⁹. Les juges de la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale, peuvent donc, concurremment, être les détermineurs d'une propriété créée prenant la forme d'une valeur.

827 **L'AUTORITE POSITIVE DE CHOSE JUGEE.** – Cette parfaite concordance doit logiquement survivre aux éventuelles contradictions des juridictions civile et pénale, voire permettre des influences mutuelles. L'unité des justices pénale et civile semble donc nécessiter, en ce point précisément, un véritable corollaire substantiel. C'est dire qu'il paraît fondamental que, au moins en ce qui concerne la reconnaissance de la propriété, et en considérant que toute propriété a pour fondement, fût-il implicite, les articles 543 et 544 du Code civil, l'autorité de la chose jugée opère.

828 En effet, il existe entre les décisions des juges civil et pénal, dans les domaines étudiés, une incontestable identité de matière litigieuse ayant trait à la déclaration d'une exclusivité sur la chose. Cette identité n'est certes que partielle, puisqu'elle ne concerne qu'un fait précis, mais rien ne s'oppose théoriquement, alors, à ce que joue l'autorité positive de chose jugée. De plus, cette autorité n'est, au moins dans un sens, pas inédite : « *ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle au pénal, dans le cadre de l'action publique, doit être tenu pour acquis si une partie agit ensuite au civil* »⁷⁰ ; il s'agit de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil⁷¹. Encore faut-il cependant, pour que cette dernière puisse opérer, que la

⁶⁶ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 102 et s., p. 91 et s.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 131, p. 101-102.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 259, p. 203.

⁶⁹ P. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », in *Comm. com. électr.*, 2001, chron. n° 4, p. 13, n° 38.

⁷⁰ J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, n° 346, p. 276.

⁷¹ V. par ex. Cass. soc., 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 105 ; cité et résumé par J. HERON, T. LE BARS, *op. cit.*, *loc. cit.* : la juridiction prud'homale doit tenir pour acquise l'existence d'un contrat de travail liant les parties, dès

détermination de l'appartenance d'un bien soit susceptible de participer de l'action publique. Il est nécessaire, en effet, que ce qui a été préalablement décidé par la juridiction pénale concerne « *l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé* »⁷². Or, tel semble être le cas pour le bien, puisque son appropriation préalable constitue l'une des conditions cumulatives de la répression, ce que révèle déjà, d'ailleurs, sa présence au sein de l'incrimination et de l'infraction⁷³. Rien ne paraît interdire, ainsi, le jeu d'une telle autorité.

829 Toutefois, en considération de la particularité du droit de propriété et, principalement, de son opposabilité *erga omnes*, il ne semble pas inconcevable que l'autorité soit alors exceptionnellement bilatérale. Par exemple, un employeur ayant déjà utilisé la concurrence parasitaire pour faire sanctionner l'utilisation injustifiée de documents techniques ou d'études fondées sur un savoir-faire et une expérience techniques par un ancien salarié⁷⁴, ne devrait pas avoir à démontrer, au surplus de la décision de justice devenue définitive, qu'il est propriétaire de ces biens ou, pour être plus exact, qu'il s'agit effectivement d'objets appropriés, lors d'un litige l'opposant à un salarié qui les aurait détournés frauduleusement, commettant par là même un abus de confiance. Vraisemblable parce qu'il existe un support à la valeur, cette solution n'aurait, bien sûr, pas à être différente pour un bien sans aucun corps. De surcroît, tout cela n'irait pas contre l'« autonomie » du droit pénal.

§ 2. L'utilité intrinsèque du droit pénal de la propriété

830 L'UTILITE INTRINSEQUE DU DROIT PENAL DE LA PROPRIETE : L'AUTONOMIE ET L'ORIGINALITE DU DROIT PENAL. – Le droit pénal de la propriété se suffit à lui-même, puisqu'il est fondé sur des normes propres. Cependant, par le biais de cette technique originale, ce droit constitue-t-il vraiment une fin en soi indépendante de la théorisation de la

lors qu'à raison de leur relation, l'une d'elles a été condamnée pénalement pour avoir employé l'autre clandestinement. – Pour plus de détails, v. les travaux d'A. BOTTON : *op. cit.*

⁷² V. par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, *Bull. civ.* II, n° 112.

⁷³ V. supra, n^{os} 15 et s. ; 623 et s. ; 650 et s.

⁷⁴ V. par ex. Cass. com., 13 févr. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 38 ; cité par P. LE TOURNEAU, in *Le parasitisme*, Litec, coll. Responsabilités, 1998, n° 88, p. 68.

propriété ? En d'autres termes, l'autonomie du droit pénal de la propriété est-elle technique ou fonctionnelle ? Le droit pénal de la propriété est-il normatif ou sanctionnateur ?⁷⁵

831 On a parfaitement défini l'autonomie du droit pénal en la limitant à un « *phénomène conflictuel tenant à la contradiction des solutions extrapénales sur leur propre terrain* »⁷⁶. On ne peut, en effet, parler d'autonomie qu'à propos des règles qui ne sont pas propres au droit pénal et, à l'inverse, il apparaît inutile, voire redondant ou même erroné, de qualifier les règles pénales d'autonomes. Ces dernières sont, plus simplement, ce qui construit le droit pénal, forgeant ainsi son originalité au sein des disciplines juridiques⁷⁷. Toutefois, le droit de la propriété étant principalement constitué de règles civiles que le juge pénal applique ou est susceptible d'appliquer, il peut effectivement, en ce domaine précis, se poser un problème d'autonomie⁷⁸.

832 Comme tout phénomène conflictuel, l'autonomie n'est pas une situation satisfaisante ; elle doit donc être provisoire. C'est pour cela que, dans un tel cas, le Premier président de la Cour de cassation a la possibilité de déférer l'affaire à une Chambre mixte composée de deux ou plusieurs chambres de la Cour. Le Code de l'organisation judiciaire précise, en effet, que ce renvoi est possible « *lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes* »⁷⁹. Le seul intérêt de l'autonomie est donc d'offrir une alternative concernant l'interprétation d'une notion à la Cour de cassation qui, par un arrêt rendu en Chambre mixte, posera celle qui devra prévaloir, dans un sens ou dans l'autre. Ainsi, la plupart des véritables problèmes d'autonomie ont été résolus par ce biais ou par celui de son effet prophylactique⁸⁰. Désormais pratiquement restreint, le champ de l'autonomie l'était de toute façon dès la théorie.

⁷⁵ Voir R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 1997 (3^{ème} éd.), n^{os} 146, p. 215 et s. ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^{os} 31-32, p. 14-15.

⁷⁶ J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, 1980, n^o 4, p. 912.

⁷⁷ En ce sens, v. J.-L. GOUTAL, *op. cit.*, n^o 5, p. 912 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^{os} 30 et s., p. 14-15.

⁷⁸ En ce sens que l'autonomie est avant tout un problème, v. P. ROLAND, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution au problème de l'autonomie du droit pénal*, thèse, Lyon, 1958, publiée partiellement in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques* de Lyon II, LGDJ, 1972, t. II, p. 13 et s.

⁷⁹ Art. L. 431-5 C. org. jud.

⁸⁰ L'exemple le plus notoire concerne le droit de la propriété. Dans un arrêt du 24 novembre 1977 (*Bull. crim.*, n^o 371), la Chambre criminelle a enfin reconnu clairement que, en vertu de l'article 2279 du Code civil (désormais article 2276), l'acquéreur *a non domino* d'un meuble en devient propriétaire à la seule condition qu'il soit de bonne foi au moment de son acquisition. Elle a, en effet, refusé de condamner pour recel celui qui avait

833 Souvent, l'autonomie est trop rapidement affirmée : soit le juge pénal applique une règle civile qui en paralyse une autre sans le dévoiler, soit il aborde une notion par un prisme original qui ne peut être que le sien. Laissant de côté la première situation qui, bien qu'intéressante en soi, a sans doute connu une promotion doctrinale plus partisane que scientifique⁸¹, il semble plus important de s'intéresser à la seconde, qui seule renseigne vraiment sur la fonction du droit pénal. De plus, il n'est en définitive pas certain que la première ne soit pas qu'une modalité de la seconde. Quoi qu'il en soit, il n'y a donc pas autonomie à aborder une notion civile selon un autre point de vue que celui de son juge naturel. Il s'agit même là, au contraire, du versant jurisprudentiel de l'originalité du droit pénal.

834 En effet, avant que d'être le juge de la propriété, le juge pénal est le juge de l'infraction⁸². Il aborde chacune des notions sous l'angle de leur violation, et ne les utilise que comme des réceptacles passifs d'un comportement délictueux. S'il le fait, c'est parce que ces notions, au sein desquelles figure en bonne place la propriété, représentent des valeurs ou des intérêts qu'il choisit délibérément de prendre en considération. Le droit pénal est donc toujours un droit normatif, même lorsqu'il contribue à défendre une norme qu'il n'a, pourtant, pas originairement créée⁸³. Plus encore, il ne s'intéresse qu'à ce que constitue fondamentalement une notion, indépendamment du dynamisme ou de l'utilisation de celle-ci⁸⁴ ; plus exactement, comme le démontre sa prompte prise en compte du phénomène immatériel, il s'adapte aisément aux fluctuations que subissent les notions qu'ils mobilisent, parce qu'il est apte à les saisir, quelle que soit la forme qu'elles choisissent d'emprunter. Il protège, ainsi, la propriété en soi et pour soi, c'est-à-dire le moindre sou caché dans un bas de laine⁸⁵. Le droit civil, en revanche, garantit plutôt de la fraude postérieurement à la mise en œuvre de la propriété : le

acquis de bonne foi une chose volée, puis appris postérieurement son origine frauduleuse : *mala fides superveniens non nocet*. V., déjà en ce sens, Cass. crim., 30 oct. 1969, *Bull. crim.*, n° 277.

⁸¹ Par exemple, la jurisprudence en matière de vol dans les magasins en libre-service, longtemps présentée comme un cas d'autonomie du droit pénal, peut s'expliquer simplement par le fait que le client n'est que détenteur de la marchandise en attendant son paiement. La remise est donc faite sous la condition suspensive de paiement du prix, ce qui paraît bien le moindre en considération de la particularité d'une telle vente. Dès lors, simple reproche à faire à la Chambre criminelle : il s'agit plutôt d'un abus de confiance. V. *supra*, n°s 173 et s.

⁸² Comp. J.-L. GOUTAL, *op. cit.*, n° 50, p. 938 : « *le juge pénal n'est jamais le juge du contrat, mais celui du délit* ». Il vaudrait mieux avancer, par proximité avec la réalité, que le juge pénal est principalement celui du délit.

⁸³ Sur ce caractère normatif, v. K. BINDING, *Normen und ihre Ubertretung*, t. I, Leipzig, 1872 (1^{ère} éd.) ; dans le sens de la permanence de ce caractère, v. J.-L. GOUTAL, *op. cit.*, n° 51, p. 938-939.

⁸⁴ *Contra*, D. AUGER, *op. cit.*, n° 5, p. 23 : « *Le droit de propriété intéresse le droit pénal sous sa forme dynamique uniquement, c'est-à-dire pour sa valeur économique [...]* ».

⁸⁵ V. par ex., à propos d'une somme d'argent cachée dans un polochon jeté dans une poubelle, Trib. correc. Seine, 9 mars 1956, *Gaz. Pal.*, 1956, 2, p. 56 et s.

sou en action. Par conséquent, l'approche pénale permet plus aisément de révéler ce qui est propre et originel à chacune des valeurs considérées. Elle tend à l'ontologie et, par là même, flirte avec la fondamentalité.

835 Ce que pose le juge pénal équivaut alors, sur le plan de la théorie, à ce qu'exposent les juges constitutionnel et européen lorsqu'ils interprètent les textes supralégislatifs reconnaissant de telles valeurs au profit de quiconque. De plus, en matière de propriété, il apparaît inutile de sanctionner l'interprétation du juge pénal parce qu'elle se situe trop en amont sur la hiérarchie des normes⁸⁶. Un consensus existe, en effet, entre ces trois visions jurisprudentielles de la propriété : les juridictions concernées s'accordent, ainsi, à reconnaître que celle-ci se caractérise avant tout par l'exclusivité⁸⁷. Cette glose ne contredisant en rien les règles civiles en matière de propriété et, tout au contraire, contribuant même à les expliquer et à les lier⁸⁸, il n'existe donc pas, à proprement parler, de « *propriété pénale* »⁸⁹. Il semble, en conséquence, plus pertinent de se contenter d'une approche pénale de la propriété qui contribue essentiellement à sa connaissance. Son utilité est ainsi tout autant intrinsèque, qu'extrinsèque ; elle permet de comprendre ce que sont le droit pénal et la propriété.

836 Pour conclure, bien que nécessaire théoriquement, l'approche pénale de la propriété est également très concrète. C'est là une conséquence tant de la genèse de toute propriété, qui intervient toujours pour entériner une maîtrise factuelle – une possession, quelle qu'elle soit –, que de l'essence même du droit pénal, qui postule une réaction déterminée à des faits juridiques et, corrélativement, une adaptation constante à la réalité. Ce mélange d'abstrait et

⁸⁶ Au contraire, la promotion du juge est accentuée par l'essor des contrôles fondamentaux : en ce sens, v. P. CONTE, « Les trajectoires du droit pénal depuis 1975 », in n° HS : *Les trajectoires du droit*, RJ com., 2006, p. 197 et s. ; D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n^{os} 737 et s., p. 577 et s.

⁸⁷ V. Cons. const., déc. du 16 janv. 1982, préc., commentée notam. par F. ZENATI in D., 1985, chron. p. 171 et s. : sur le fondement de l'article 17 de la DDHC, protection du droit de propriété, mais pas de la teneur de son objet, car le Conseil assure la pérennisation du droit de propriété en posant qu'une indemnisation est nécessaire en cas d'expropriation, mais il n'empêche pas alors que la propriété privée devienne une chose publique. Ce qui compte fondamentalement est donc le lien. Note : il n'est pas acquis que le conseil susnommé soit une juridiction (v. *infra*, n° 848) ; Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004 ; *RTD civ.*, 2005, p. 422 et s., obs. T. REVET : protection d'une chose très peu déterminée, la Cour considérant qu'une habitation illégalement construite sur un terrain appartenant au Trésor public, parce que les autorités ont durablement fait preuve de tolérance, est un bien. Encore une fois, c'est le droit qui est fondamental, pas l'objet ; Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403 : protection d'un chèque de voyage non signé par son bénéficiaire, donc sans valeur. Mais le droit de propriété a bien été violé, donc il y a sanction. – *Adde* R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n^{os} 867 et s., p. 670 et s.

⁸⁸ En ce sens, v. F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 315 : « Ces utilités pratiques ne sont pas essentielles à la compréhension de la propriété, même si certaines sont caractéristiques. Elles ne sont qu'une tentative d'inventaire exhaustif des avantages concrets que peut retirer une personne du fait d'avoir une chose en propre. Elles ne sont en réalité que des conséquences de fait de la propriété, que des vertus de l'exclusivité ».

⁸⁹ C'est pourtant ce que semble penser P. ROLAND : *op. cit.*, 1^{ère} partie, titre I, « La propriété pénale ».

de concret, si manifeste en matière de prise en compte des choses incorporelles, explique également la spécificité de l'appréhension pénale des biens⁹⁰. Toutefois, parce que le droit pénal est avant tout porteur d'une normativité, sa détermination des choses protégeables peut être appréhendée et, partant, systématisée. A travers ses biens, corporels ou incorporels, c'est la personne qui est défendue par le droit répressif.

837 CONCLUSION DU CHAPITRE 1. – Alors que l'évidence de la protection pénale de la propriété a fini par en effacer les causes, la dématérialisation des biens, par sa vaste propagation au sein du système pénal, impose et autorise, à la fois, leur recherche. En effet, la prise en compte des biens incorporels par le droit pénal est déjà trop diffuse pour ne constituer qu'une ou plusieurs incohérences ponctuelles du mécanisme répressif ; elle ne peut que s'avérer contraire à la *ratio legis* des incriminations concernées, qu'il convient, pour cette raison, de déterminer. Or, à cette fin précisément, la considération du droit pénal pour l'immatériel éclaire, puisque, non seulement, elle a souvent conduit à la consécration, par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, de la valeur fondamentale de la propriété en soi, mais surtout, elle s'est notamment manifestée à travers la reconnaissance de choses éminemment personnelles, créées par l'homme quasiment *ex nihilo*, principalement les informations. Il existe donc deux causes concurrentes à l'intervention pénale dans le domaine de la propriété, soit qu'il s'agisse de préserver la propriété pour son apport collectif, soit qu'il s'agisse de défendre l'individu qui a vocation à en bénéficier plus immédiatement. Reste à savoir si le droit pénal est capable de les articuler.

838 Alors que la reconnaissance de biens inédits par le juge pourrait représenter la marque de la neutralité du système pénal face à la réalité, il s'avère plutôt que, parce que les choses dont il s'agit sont parfois incorporelles, parfois extrapatrimoniales, parfois même les deux conjointement, il n'en est rien. Au contraire, le droit pénal ne paraît jamais aussi normatif que lorsque, intrinsèquement, il fait le choix de dépasser les nombreuses difficultés que provoque une telle prise en compte et que, extrinsèquement, il assure la régénération du droit des biens, alors que les autres sources s'épuisent. Encore apparaît-il nécessaire, alors, d'organiser les rencontres de ces différentes normativités, par exemple, en mettant en œuvre les règles de conflit existantes, ou encore, en instaurant une autorité positive de chose jugée bilatérale.

⁹⁰ V. *supra*, nos 617 et s.

839 La normativité du droit pénal de la propriété semble donc, en bien des points, tributaire de l'intervention du juge. Celui-ci contribue, notamment, à la définition de l'approprié, participant ainsi à fixer tant l'étendue, que la direction concrètes de la protection pénale. Toutefois, son action ne se situe alors pas en dehors des cadres fixés par le législateur, ce dernier ayant, préalablement, d'une part, autorisé l'ouverture de la notion de bien au domaine de l'immatériel et, d'autre part, permis que s'opère une double orientation de la répression en matière de propriété.

Chapitre 2. Le sens de la détermination : la promotion de la personne

840 LA CLEF MODERNE DE LA DIALECTIQUE DE LA PROPRIÉTÉ EN DROIT PÉNAL : LA CONSIDÉRATION DE LA PERSONNE. – Dans une optique que l'on souhaite déterminatrice, il paraît difficile de se contenter du constat de la protection accrue d'un intérêt pénalement considéré sans que, d'une part, il soit possible d'expliquer les causes de ce renforcement de la protection pénale, et que, d'autre part, cet intérêt ne soit précisément attribué. En effet, comment justifier la promotion pénale d'un intérêt que l'on ne saurait exactement cerner ? De la sorte, il semble nécessaire de trancher la dialectique de la protection de la propriété en droit pénal : qui protège-t-on, à travers les incriminations fondamentales du livre III du Code pénal, de l'individu ou de la société ?

841 Dans un premier temps, c'est vers la personne que l'on se tourne. La détermination d'un droit et, plus particulièrement, d'un droit pétri de valeurs comme le droit pénal, ne se produit jamais indépendamment de la personne, et rarement contre elle. S'ajoute à cela qu'il a déjà été parfaitement démontré que, même lorsqu'il s'agit de promouvoir des valeurs objectives ou objectivables, par exemple en les qualifiant de biens, l'individu doit rester la valeur suprême¹, ce que rappelle, avec de plus en plus de force, le principe de dignité de la personne humaine. La normalisation des valeurs ne paralyse pas leur hiérarchisation. Ainsi, et de façon intangible, à travers sa propriété, c'est avant tout la personne que l'on protège, et les biens incorporels que le droit pénal reconnaît de façon contemporaine sont, la plupart du temps, des biens à très forte teneur personnelle.

842 UNE INCLUSION PLUTÔT QU'UNE EXCLUSION. – Cependant, dans un second temps, le contexte pénal incite bien évidemment, dans ce domaine comme dans tout autre, à ne jamais délaisser l'intérêt de la société. Dans le cadre du procès pénal, victime et ministère public font souvent cause commune, la personne représentant un intérêt en soi que le droit pénal promeut et préserve. La protection pénale de la propriété ne constituant qu'une forme de protection de la personne (**Section I**), ce que contribue à révéler la promotion pénale des biens incorporels, elle participe également de la protection de la société (**Section II**), ce que ne contredit pas la prise en compte pénale des biens incorporels.

¹ Voir R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1969), « Avant-propos », p. 1 et s., puis n^{os} 1 et s., p. 11 et s. – Sur la prise en compte de la valeur par le droit pénal, v. *supra*, n^{os} 303 et s.

SECTION I. LA PROTECTION DE LA PERSONNE A TRAVERS SA PROPRIÉTÉ

843 UNE APPROCHE CAUSATIVE DE LA PROTECTION PÉNALE DE LA PROPRIÉTÉ. – Au-delà de l'analyse classiquement menée par la doctrine pénaliste qui, respectueuse du principe de légalité et de ses corollaires, se contente souvent de présenter et d'expliquer les incriminations par leur affiliation à des intérêts, si ce n'est parfaitement objectifs, du moins essentiellement collectifs, il apparaît possible, non seulement de considérer, encore classiquement, que le sujet représente au moins l'un de ces intérêts, mais surtout de rechercher, beaucoup moins classiquement, le sujet au-delà de ce seul intérêt.

844 L'étude des différents fondements de la prise en compte pénale de la propriété a, en effet, ouvert la voie à une telle recherche, en démontrant que la protection pénale de la propriété se conçoit tout autant subjective, qu'objective². Plus encore, l'analyse subjective de la propriété s'avère même indispensable, puisqu'elle constitue, parfois, la seule apte à expliquer certaines situations pour lesquelles l'analyse classiquement objective conduirait, peut-être trop rapidement, à un constat d'anomalie. Par exemple, comment justifier, autrement que par la considération du juge pénal envers son producteur, la prise en compte d'une information par le droit pénal comme un bien, alors même que cet objet ne trouve de raison d'être que dans la valorisation de la réalité par ledit producteur³ ?

845 Comme le démontre rapidement cet exemple, et dans la continuité de ce qui précède, c'est la dématérialisation des infractions contre les biens, par l'épreuve qu'elle impose au système pénal, et l'approche plus épurée de ce dernier qu'elle suppose, qui révèle l'existence d'une autre prise en compte pénale de la personne, à travers et par sa propriété. Entre le constat essentiellement jurisprudentiel de cette situation (§ 1), et l'appréhension de ses conséquences techniques, c'est-à-dire l'existence de biens plus subjectifs que les autres (§ 3), il est alors possible, toujours grâce à la dématérialisation, d'en déterminer la cause (§ 2).

§ 1. Le constat : la constance de la personne en droit pénal de la propriété

846 LA CONSTANCE DE LA PERSONNE AU-DELA DU LIVRE II DU CODE PÉNAL : L'APPORT DE LA DÉMATÉRIALISATION. – Infraction initiatrice du livre III du Code pénal, le vol est, selon

² V. *supra*, n^{os} 808-814.

³ V. *supra*, n^{os} 639 et s.

l'article 311-1, « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁴. La périphrase syntagmatique ainsi employée est riche de signification : à travers la chose, c'est avant tout une personne qui est atteinte et, corrélativement, protégée. A l'inverse, le « *bien quelconque* », préservé, notamment, par les incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance, paraît totalement impersonnel. En réalité, il n'en est rien : outre qu'à tout bien, fût-il peu individualisé, correspond nécessairement un propriétaire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà accepté, sur ces derniers fondements, de protéger des choses éminemment subjectives. Par exemple, le juge pénal offre récursivement au producteur d'une information une exclusivité sanctionnée sur celle-ci, celui-là l'ayant seul dotée d'une valeur patrimoniale⁵. Plus remarquablement encore, il a déjà pu faire du créateur d'un simple projet son maître d'un temps et, dans un autre temps, après un transfert de propriété qui n'a pas détruit le bien pourtant incorporel, son usurpateur⁶.

847 Cependant, en raison de la sobriété ordinaire des motivations de la Cour de cassation, il est difficile d'affirmer sans complexe que c'est, alors, la considération de la personne qui a inévitablement déterminé la répression. Pour autant, si l'on veut bien concéder que la prise en compte des biens sans corps est au moins, la plupart du temps, la marque de l'attention compréhensive d'un juge à la situation particulière d'un propriétaire, il est possible, avant de revenir à la seule matière pénale interne, de se référer à des jurisprudences plus prolixes.

848 L'égle sollicitude du juge pénal et des juridictions fondamentales à l'égard des biens incorporels n'est, en effet, sans doute pas une coïncidence. Si le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et le juge répressif national reconnaissent, plus aisément que d'autres juridictions⁷, les propriétés immatérielles, c'est avant tout parce qu'il s'agit d'autorités fortement soucieuses des droits de l'Homme et, à travers eux, de la condition humaine. Or, aucun bien n'entretient plus de proximité avec la personne que celui qui constitue essentiellement le fruit de sa puissance créatrice⁸.

⁴ Nous soulignons.

⁵ V. *supra*, n^{os} 384 et s.

⁶ V. Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : *supra*, n^{os} 203 et s.

⁷ Si tant est que le Conseil constitutionnel soit véritablement une juridiction : v. par ex., au sein d'une importante littérature, A. ROUX, « L'institution », in *Le Conseil constitutionnel*, coll. Les études, La documentation française, 2007, p. 33 et s. – Sur la protection européenne des biens incorporels, v., déjà, *supra*, n^{os} 93 ; 327 ; sur la protection constitutionnelle, v. par ex. déc. du 16 janv. 1982, préc., et déc. du 9 avr. 1996, n^o 96-373 DC (pour des actions) ; déc. du 8 janv. 1991, n^o 90-283 DC (pour des marques) ; déc. du 29 déc. 1999, n^o 99-425 DC (pour des créances) ; déc. du 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC (pour des propriétés intellectuelles).

⁸ Les biens incorporels se situent, ainsi, plutôt du côté de l'individu ; « *selon les tendances et l'esprit de l'époque, suivant aussi la nature du bien sur lequel porte le droit [de propriété], la note sociale dominera la note individuelle ou inversement* » précisait déjà L. JOSSERAND (v. « Configuration du droit de propriété dans l'ordre

849 Les biens incorporels s'attachent ainsi, ontologiquement, à un référent personnel ; choses construites puis façonnées par le désir et l'imagination d'un individu⁹, ils sont conçus à partir du sujet¹⁰. Les objets engendrés sont alors doublement assujettis : d'un côté, ils sont la trace extérieure – en un certain sens, la preuve – de l'existence d'un droit fondamental de la personne et, d'un autre côté, ils incarnent des sortes de choses humaines incorporelles et extracorporelles. De plus, parce qu'ils se caractérisent, finalement, plus extrinsèquement qu'intrinsèquement, les biens incorporels semblent très souvent se dégager d'une appréciation au moins en partie circonstancielle, dans laquelle la personne joue nécessairement un rôle central. Selon cette approche plus réaliste des choses, – qui ne se contente donc plus des apparences et de la simplicité corrélative d'un naturalisme matérialiste classique et rassurant –, il apparaît parfois qu'une personne possède un bien qu'il convient alors, pour cette seule raison, de prendre en considération juridiquement. Peu importe, en effet, que cette chose soit éthérée, à condition que celle-ci ait suffisamment de réalité et puisse être définie comme « *une entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* »¹¹. La prise en compte juridique d'un tel bien est, ainsi, étroitement liée à une finalité utilitaire dont le bénéficiaire ne peut être qu'une personne. Il existe même, dans cette situation, une utilité plutôt qu'une chose ou, plus exactement, une utilité qui fonde une chose. De la sorte, l'appropriation et la réification s'opérant de concert, l'appréhension du bien par la personne ne prend pas la forme ordinaire d'un assujettissement, l'objet devenant le bien du sujet. En l'occurrence, c'est le sujet qui crée l'objet, celui-ci étant logiquement, dès sa chosification, la propriété de celui-là. En la matière, particulièrement marquante est la jurisprudence européenne, qui consacre notamment, sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, la notion d'« *intérêt substantiel* ». Son étude constitue alors une introduction profitable à celle de la jurisprudence proprement pénale.

850 Poussant la notion d'« *intérêt substantiel* » à son paroxysme, l'arrêt « *Öneryildiz contre Turquie* », rendu le 30 novembre 2004 par la Cour européenne des droits de l'homme, a conduit à protéger une personne qui occupait illégalement un taudis, ce dernier constituant malgré tout un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. A cette fin, la Cour a tout

juridique nouveau », in *Mélanges N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 104). Le constat est d'ailleurs classique en droit de la propriété intellectuelle : « *La propriété littéraire est certainement la plus reconnaissable de toutes les propriétés. Nulle n'est empreinte plus distinctement de la personnalité de son auteur* » posait par exemple D. DALLOZ (in *Dalloz jur. gén.*, V^{es} Propriété littéraire, 1857).

⁹ Voir R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Biens, n^{os} 4 et s., p. 3 et s., et n^{os} 39 et s., p. 8 et s.

¹⁰ En ce sens, v. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 79 et s., spéc. p. 89 et s. ; T. REVET, *RTD civ.*, 2005, p. 422-423.

¹¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 2, p. 21.

d'abord précisé qu'il fallait « *rechercher si les circonstances [...], considérées dans leur ensemble, [pouvaient] passer pour avoir rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par cette disposition* ». Elle a ensuite, assumant pleinement cette optique, posé que, non seulement, le requérant disposait, des conséquences d'une abstention des autorités, d'une maison dans laquelle il vivait, avec « *ses proches, [...] en toute tranquillité dans l'environnement social et familial qu'ils avaient créé* » ; mais surtout, se situant alors sur le terrain de la preuve, elle a rappelé que « *l'Administration avait imposé une taxe d'habitation [au requérant] ainsi qu'à d'autres habitants du bidonville [...] et les avait admis au bénéfice des services publics payants* ». Classiquement, la personne assumait et bénéficiait de sa propriété. Enfin, assurée désormais que « *les autorités [avaient] de facto reconnu que l'intéressé et ses proches avaient un intérêt patrimonial tenant à leur habitation* »¹², la Cour a indiqué que le requérant lui-même croyait en l'existence de son intérêt, puisque « *l'incertitude créée au sein de la société turque quant à l'application des lois réprimant les agglomérations illégales n'était pas un élément susceptible d'amener le requérant à penser que la situation concernant son habitation risquait de basculer d'un jour à l'autre* ». N'avait-il pas, ainsi, une espérance légitime de disposer d'un logement pérenne¹³ ? C'est pourquoi la Cour européenne conclut, au final, que « *l'intérêt patrimonial du requérant relatif à son habitation était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, donc un " bien " au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1* ». Dès lors, bien que la chose concernée ait, sur les fondements traditionnels du droit des biens, une appropriabilité contestable, son utilité pour le requérant, quant à elle, ne souffre pas polémique. Plus encore, c'est même, au-delà de l'utilité, dans le besoin que se situe en réalité l'intérêt de ladite chose, preuve s'il en fallait que la propriété est également un droit de l'humain¹⁴. Or, la restriction du domaine de la propriété à des biens corporels n'autoriserait pas une telle prise en compte. D'ailleurs, le requérant a, en l'espèce, également invoqué un droit sur la terre, mais celui-ci reste, bien logiquement, trop spéculatif au goût de la Cour européenne. En revanche, les propriétés immatérielles permettent une vision moins confinée

¹² Nous soulignons : sur l'importance du caractère familial dans cette affaire, v. J.-P. MARGUENAUD, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, coll. Thémis, PUF, 2007 (4^{ème} éd.), p. 669-670.

¹³ Sur la notion européenne d'espérance légitime, qui n'est cependant pas celle qui justifie la solution en l'espèce, v. *supra*, n^{os} 93 et 327.

¹⁴ V., en ce sens, T. REVET, *op. cit.*, p. 427-428 ; J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* – V. également ces auteurs pour une étude plus exhaustive de l'arrêt.

de la réalité. De la sorte, elles sont certainement susceptibles de renforcer « *la corrélation entre condition humaine et existence des biens* »¹⁵.

851 Pouvant certainement, d'une part, être mis sur le même plan que la décision du Conseil constitutionnel de consacrer le droit à un logement décent comme objectif à valeur constitutionnelle¹⁶, l'arrêt « *Öneriyildiz contre Turquie* » n'est, d'autre part, tout d'abord pas sans rappeler quelques arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans lesquels celle-ci a été conduite à protéger un bien malgré l'impossibilité de l'acquérir et de le détenir licitement. L'extracommercialité d'une chose et, partant, son extrapatrimonialité, ne sont donc assurément pas, pour les juridictions qui protègent la propriété, des obstacles insurmontables à son appropriation¹⁷. Plus fondamentalement encore, le juge pénal français a déjà pu, dans ces décisions comme dans d'autres, reconnaître des biens en considération avant tout de la situation de leur possesseur réel.

852 La plupart du temps, ces objets sont, comme dans l'arrêt « *Öneriyildiz* », de nature incorporelle. Par exemple, si la Chambre criminelle a un jour sanctionné le détournement d'un service par un salarié qui n'en bénéficiait que dans le cadre de son travail, c'est parce que ce bien particulier, en l'occurrence une connexion Internet, avait été créé au seul profit de l'employeur¹⁸. Ainsi, non seulement ce dernier en était, classiquement et suffisamment, le seul maître de droit, mais il en était aussi, plus singulièrement, le seul bénéficiaire admissible : les utilités du bien n'avaient pas vocation à être concédées à d'autres que le propriétaire, si ce n'est à l'avantage exclusif de celui-ci. La remise de l'une quelconque de ces utilités était donc nécessairement précaire. Tout service postule, en effet, en raison de sa nature obligationnelle, un débiteur et un créancier. Cependant, au sein des obligations, le service se distingue encore par son caractère éminemment personnel. Pour revenir à l'exemple précité, la connexion Internet était assortie d'identifiants propres à celui qui l'avait appropriée. En quelque sorte, son existence était étroitement liée à la marque personnelle dont elle était inexorablement dotée. Par conséquent, à travers la protection du bien-service, c'était en réalité le propriétaire-bénéficiaire qui était préservé.

853 Le constat est le même, à peu de chose près, dans une affaire qui a mené la Chambre criminelle de la Cour de cassation à réprimer le détournement, par un salarié, d'un projet créé

¹⁵ T. REVET, *op. cit.*, p. 428.

¹⁶ Déc. du 19 janv. 1995, n° 94-359 DC.

¹⁷ V. *supra*, n°s 645 et s.

¹⁸ V. Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126 : *supra*, n°s 144 ; 199 et s. ; 399.

par lui dans le cadre de son travail¹⁹. En effet, bien que, dans cette espèce, le bien créé n'avait pour seul bénéficiaire spontané que son créateur, une clause avait, pour cette raison précise, préalablement paralysé toute appropriation originaire du salarié, en concédant l'exclusivité de ce qui était produit par ce dernier à son employeur²⁰. Obéissant à une logique similaire, tous les arrêts ayant conduit à la sanction d'appropriations frauduleuses d'informations sont également les manifestations de la prise en compte des intérêts substantiels d'une personne donnée : celui qui a valorisé les informations²¹. Enfin, même la protection du propriétaire d'un numéro de carte de crédit ne paraît pas vraiment s'être opérée indépendamment d'une considération de la situation de celui-ci²². Dans l'affaire ayant donné lieu à une intervention de la Cour de cassation, le préjudice matériel était en réalité minime, peu important car la volonté de celui pour qui le bien avait été créé n'avait pas été respectée. L'optique du droit pénal de la propriété, au moins lorsque le bien est incorporel, apparaît donc comme claire et constante : protéger le bénéficiaire des utilités de la chose, c'est-à-dire la personne propriétaire de cette chose.

§ 2. La cause : l'importance de la personne en droit pénal de la propriété

854 LA CAUSE DE CETTE CONSTANCE : LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE HUMAINE AU-DELA DU LIVRE II DU CODE PENAL. – Bien que sans l'affirmer, puisque tel n'est pas le fondement juridique de toutes ces décisions, cette approche pénale, si ce n'est humaniste ou humanitaire, à tout le moins humaine de la propriété, possède nécessairement une autre assise que le livre III du Code pénal ou l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, – du moins tels qu'ils sont analysés classiquement. Leur cause première semble être et avoir toujours été, en effet, une certaine considération envers la personne humaine. Encore faut-il, avant d'explorer les potentialités de cette affirmation, immédiatement la préciser et, ainsi, la cantonner ; la dignité²³, à laquelle renvoie généralement cette considération, est une notion qu'il ne convient surtout pas

¹⁹ V. Cass. crim., 22 sept. 2004, préc. : *supra*, n°s 203 et s.

²⁰ V. *supra*, n° 495.

²¹ V. *supra*, n°s 639 et s.

²² Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338 : *supra*, n°s 1 ; 142-143 ; 196 et s.

²³ Sur laquelle, v. surtout *La dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. PAVIA, T. REVET, coll. Etudes juridiques, vol. 7, Economica, 1999 ; X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 22, Dalloz, 2003, *passim* ; G. CORNU, *Les personnes*, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.), n° 12, p. 24-25.

d'instrumentaliser²⁴. Seule une induction conduisant avec certitude à une telle cause autorise, pour ses conséquences, le port d'un étendard déjà terni en raison de trop nombreuses affiliations fallacieuses. Il faut donc partir de ce qui est acquis.

855 En organisant, accessoirement à la répression, la réparation du préjudice subi par le propriétaire, le droit pénal poursuit également une fin distributive : rendre à chacun ce qui lui est dû. Or, cette définition classique du juste fait, déjà, de la personne le destinataire unique et invariable de la protection juridique, le sujet de droit, et de la chose, à la fois l'instrument passif du bon vouloir de cette dernière, et une possession interchangeable, au moins du point de vue de sa valeur, bref un objet de droit ; alors que la personne est une fin en soi, le bien n'est qu'un moyen de la contenter, ou de la mécontenter²⁵. De la sorte, non seulement, la personne est seule considérée par le droit, mais surtout, la sauvegarde de ses biens participe de cette considération, à plus forte raison encore lorsqu'ils sont de nature incorporelle, puisqu'ils forment alors la part la plus personnelle de sa propriété. La sanction proprement pénale qui justifie l'intervention du droit répressif ne vient, au surplus, pas contredire ce constat : nul ne doute que la condamnation d'un coupable rétablit souvent la considération de sa victime. La protection pénale de la propriété, telle qu'elle est déterminée, n'est donc pas étrangère à la considération de la personne humaine.

²⁴ V. notam., en ce sens, C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 39 et s. ; E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, chron. p. 2730 et s. ; G. CORNU, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Il serait dommage de galvauder un principe qui règne d'aussi haut, quand le discernement est l'âme de sa vigilance ».

²⁵ Voir E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, coll. Bibl. des Textes Philosophiques, Ed. Vrin, 1980, p. 112-113. – L'intervention de la notion de dignité dans la définition de la justice n'est pas inédite : ULPYEN lui-même posait déjà que « *ius praecipua sunt haec : honeste vivere [...]* » (*in Digeste*, 1, 1, 10, 1 : « les préceptes du droit sont les suivants : vivre dignement [...] »), et M.-T. CICERON ajoutait que « *justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* » (*De inventione*, Paris, Garnier, 1932, II, 53, 160 : « la justice est une habitude de l'âme qui attribue à chaque personne sa dignité, préservant un respect dû au bien-être général »). – On pourrait pourtant, sous l'influence notamment d'Aristote, envisager un autre système, un peu plus objectif : un manteau n'a-t-il pas, par exemple, pour dignité de donner chaud, et ne doit-il ainsi pas, pour cette seule raison, être protégé de tout détournement de cet « état le meilleur ». V. *Ethique à Eudème*, II, 1, 1219b, 32 : « *Qu'il soit donc établi, au sujet de la vertu, qu'elle est l'état le meilleur ou la condition ou la faculté la meilleure de toutes les choses qui ont un usage et une fonction. Cela est évident par l'induction. Car nous posons que pour toutes choses, comme pour un manteau, il existe une vertu ; car il a une fonction et un usage et le meilleur état du manteau est sa vertu. Il en est de même pour un navire, une maison, ou quoi que ce soit d'autre. Il en est par conséquent de même pour l'âme, car elle a une fonction qui lui est propre. Et posons que l'état le meilleur a la fonction la meilleure ; et comme les états sont l'un par rapport à l'autre, posons également que les fonctions correspondantes le sont également les unes par rapport aux autres. Et la fonction de toute chose est sa fin. Il est par conséquent clair que l'œuvre est meilleure que l'état, car la fin est meilleure, parce qu'elle est fin. Car nous posons que le meilleur, l'état ultime, est la fin en vue de laquelle tout le reste existe. Il est donc évident que la fonction est meilleure que l'état ou la condition* ».

856 Les atteintes à la propriété ne sont certes pas autant d'atteintes à la dignité de la personne humaine : il faut précision garder²⁶. En revanche, le souvenir de cette considération première conduit le juge pénal à certaines solutions, prises sur le fondement des incriminations du livre III du Code pénal, mais en réalité aussi soucieuses de personne que de propriété. La considération de la personne humaine semble, ainsi, avoir présidé à une sorte de « surdétermination »²⁷ des incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété (A), celle-ci autorisant et expliquant leur occasionnelle « surinterprétation » (B).

A. La « surdétermination » du droit pénal de la propriété

857 LIMINAIRE : LA LEGITIMITE DU DROIT PENAL. – L'existence incontestée de principes aptes à agglomérer différentes règles permet de concevoir que ces règles n'ont pas nécessairement été déterminées singulièrement. Il se crée parfois, effectivement, un degré supérieur de détermination, souvent latent, dont la révélation démontre la présence d'une autre cause, si ce n'est principale, à tout le moins incidente, à l'intervention législative. Cela implique que la détermination classique est, à plus forte raison encore que d'habitude, directive, puisqu'elle s'opère alors selon une direction donnée. Et cela suppose que cette détermination se déroule, si ce critère premier est la considération envers la personne humaine, dans le respect d'une morale.

858 Le droit pénal est aisément et légitimement directif²⁸. De plus, parce qu'« *il doit aussi mesurer les rapports qu'il instaure* », encadré pour cela par de puissants principes directeurs, il est porteur d'une éthique²⁹. Rien ne semble, alors, s'opposer à ce que le droit pénal ait sa place au sein du droit des personnes et, au-delà des limites de ce dernier, à ce qu'il puisse continuer à promouvoir la personne. Seul le principe de spécialité, corollaire du principe de légalité³⁰, paraît *a priori* constituer un obstacle à la mise en œuvre d'une

²⁶ Les « atteintes à la dignité de la personne » constituent, précisément, le chapitre 5 du titre II du livre II du Code pénal.

²⁷ Voir G. TMSIT, *Les noms de la loi*, coll. Les voies du droit, PUF, 1991, p. 151 et s. : « *Qu'est-ce donc que la surdétermination sinon cet ensemble de valeurs, de principes, de croyances auxquels adhèrent les membres d'une communauté et qui constituent le fonds dans lequel puiseraient ceux qui, ayant à s'interroger sur le sens de la loi, y trouveront le moyen de combler une lacune, de décider de la manière de lever une contradiction ou de justifier une extension de la loi à un cas qu'elle n'avait pas prévu ?* » ; X. BIOY, *op. cit.*, n^{os} 1544 et s., p. 846 et s.

²⁸ En ce sens, v. E. DREYER, *op. cit.*, n^o 3, p. 2730.

²⁹ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^o 25, p. 11.

³⁰ V. *supra*, n^{os} 18, 27, 112-113 et 650.

« surdétermination » : chaque incrimination est, en effet, le produit d'une détermination propre. Cependant, l'embarras n'est en réalité qu'apparent, car si ce principe essentiel empêche l'instauration d'une continuité de la répression pénale, il n'interdit pas, en revanche, que plusieurs incriminations protègent un intérêt commun.

859 CONSIDERATION POUR LA PERSONNE HUMAINE ET PROPRIÉTÉ EN DROIT PÉNAL. – Le « *primat de la personne humaine, réalité première, valeur éminente* »³¹, oblige le droit à instaurer et à entretenir une « *conception laudative de l'homme* »³². Même les règles les plus soucieuses du bien-être social, celles que l'on regroupe généralement au sein du droit public, prennent en compte le concept de personne humaine de différentes façons³³. A mi-chemin entre le droit privé et le droit public, le droit pénal protège bien évidemment la personne humaine³⁴. Peut-être même la défend-il, au-delà de ce qui semble être annoncé par les titres du Code pénal, à chaque fois qu'un intérêt privé concurrence l'intérêt social, c'est-à-dire pour chaque infraction ouverte à l'action civile³⁵. Parmi ces infractions figurent, en bonne place, celles qui ont la propriété pour objet.

860 Comme il a été constaté précédemment, à travers la prise en compte inédite de certains biens incorporels par les juges européen et pénal, la défense juridique de la personne peut se réaliser, indirectement, par le biais de la consécration et de la protection corrélative de sa propriété. C'est, en effet, que l'idée de propriété est plus qu'incidente dans « *ce que la condition humaine postule et exige, en elle-même, pour chacun : liberté, identité, pudeur, honneur, quant à soi* »³⁶. Outre que l'identité, en raison de son originalité et de sa valeur, se réifie, voire se patrimonialise, accroissant alors un peu plus la liste des biens immatériels³⁷, la propriété est, de toutes les libertés dont dispose la personne, la plus juridique. Seuls la pudeur et l'honneur et, plus généralement, l'ensemble des sentiments, semblent être encore considérés par le droit indépendamment d'un rapport de propriété³⁸. A cela s'ajoute que certains biens, plus essentiels que les autres, soit permettent la vie de la personne, soit

³¹ G. CORNU, *op. cit.*, n° 2, p. 8.

³² G. CORNU, *op. cit.*, n° 12, p. 24.

³³ Voir X. BIOY, *op. cit.*

³⁴ Pour une proposition de systématisation, v. J.-P. DOUCET, *Le droit criminel, la protection de la personne humaine*, Ed. Gaz. Pal., 1999 (3^{ème} éd.). La quatrième partie de l'ouvrage traite de « *la protection de la sphère patrimoniale* ».

³⁵ Comp. *supra*, n°s 757 et s.

³⁶ G. CORNU, *op. cit.*, *loc. cit.* Nous soulignons.

³⁷ Pour le nom, par ex., v. *supra* n°s 94-96.

³⁸ En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n° 259, p. 220.

permettent une vie digne de cette dernière. Pour cette raison, ils jouissent généralement d'un régime particulier qui les protège des atteintes exceptionnellement concédées par le système juridique. Par exemple, l'immunité familiale, « *fin de non-recevoir à l'action publique* »³⁹, ne s'applique pas « *lorsque le vol [et les autres appropriations frauduleuses] porte[nt] sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement* »⁴⁰. Ainsi, pour ces choses essentiellement incorporelles, et dont le lien avec la personne humaine est évident, les poursuites pénales ne peuvent être empêchées, même si l'infraction est commise dans un cadre familial. Il faut d'ailleurs relever que la référence alors faite aux moyens de paiement, dont le lien avec l'ordre du nécessaire personnel peut, de prime abord, apparaître trop ténu, renvoie, en l'occurrence, à la parfaite fongibilité de la monnaie : elle autorise un accès à tout, permettant de la sorte d'assouvir les besoins les plus élémentaires. La considération envers la personne humaine passe donc également, en droit pénal, par celui de la propriété, ce que confirme une analyse plus technique de ce rapport.

861 PERSONNE HUMAINE ET PERSONNE JURIDIQUE EN DROIT PENAL. – Même si la considération contemporaine pour les biens incorporels a contribué à révéler un lien originel entre propriété et personne humaine, la prise en compte de cette dernière par le droit pénal de la propriété ne peut véritablement s'opérer que si elle est envisageable techniquement et logiquement. Plus précisément, elle ne doit pas procéder d'une confusion ou conduire à une aporie. Or, une première analyse laisse apparaître que, si l'on consent pourtant, déjà, à se cantonner aux concepts classiquement réservés au droit des personnes, la plupart des incriminations du livre III du Code pénal ne peuvent envisager que la personne juridique indépendamment de la personne humaine. En effet, en premier lieu, lesdites incriminations protègent, en sus des personnes physiques, les intérêts de personnes morales qui, par définition, ne peuvent pas être victimes des infractions contre la personne humaine. En second lieu, et plus fondamentalement, alors que la personne est défendue en tant que sujet de droit dans le livre III du Code pénal, elle est protégée en elle-même dans son livre II. Concrètement, d'un côté, il faut nécessairement démontrer qu'un droit existe pour qu'il y ait un sujet ; d'un autre côté, il suffit de démontrer l'existence d'un sujet. Si l'on préfère, dans le livre II du Code pénal, la personne représente un intérêt en soi, alors que c'est par son addition à la propriété qu'elle le devient dans le livre III.

³⁹ A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, n° 2246, p. 1834.

⁴⁰ Art. 311-12, al. 4, C. pén.

862 Une seconde analyse, un peu moins intuitive, démontre cependant que cette indépendance entre personne humaine et personne juridique n'est pas absolue. Tout d'abord, s'il est un fait que le droit a octroyé la personnalité juridique à certains groupements à la seule fin d'en faire des propriétaires⁴¹, – avec tout ce que cela implique –, la spécialité de cette concession semble paralyser tout raisonnement global : qu'il existe désormais, au sein des propriétaires, des sujets sans corps propre, n'empêche pas que la présence d'un corps chez un propriétaire continue à exercer des influences sur sa propriété, à plus forte raison si les sujets dont il s'agit sont le produit d'un droit dont les limites ne résident que dans un souci de cohérence. De plus, l'anthropomorphisme auquel conduit, notamment, la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales militerait plutôt pour une interdépendance entre personnalités réelle et juridique : si les personnes morales ne peuvent vraiment être que propriétaires, ne devraient-elles pas, en effet, répondre de leurs actes qu'à ce seul titre ? De tout cela, on ne peut donc finalement déduire qu'une chose : c'est bien la personne juridique qui est promue dans le livre III du Code pénal. Pour savoir quels sont les liens entretenus entre personne humaine et personne juridique, il vaut alors mieux laisser de côté, durant un temps, la personnalité morale⁴².

863 Ne s'intéressant ainsi plus qu'aux personnes physiques, il reste que les incriminations dont l'objet est la protection de la propriété sont plus exigeantes que celles dont l'objet est la défense de la personne humaine : leur mise en œuvre suppose toujours la démonstration d'un droit. De la sorte, le droit créant et justifiant la spécificité de ces infractions, ne doit-il pas alors être considéré comme l'objet même de l'atteinte et, préalablement, de la protection, indépendamment du sujet intéressé ? Au vu de ce qui précède, il ne semble pas que cette interprétation soit, si ce n'est totalement incorrecte, à tout le moins suffisante.

864 Tout droit subjectif tend, avant toute autre chose, à la satisfaction de son titulaire. Ainsi, l'on retrouve bien une base commune à l'ensemble des textes pénaux protecteurs de la personne : il s'agit, encore et toujours, de protéger la personne. Tout au plus faut-il sans doute préciser que, pour pouvoir bénéficier des deux protections, plus précisément de celle offerte par le droit pénal de la propriété, la personne doit parfois porter son masque de propriétaire⁴³. Mais ce masque, comme n'importe quel autre, est forgé selon le visage qu'il recouvre⁴⁴ : la

⁴¹ Voir F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 457 et s.

⁴² Durant un temps seulement car, bien que non humaine, la personne morale n'en a pas moins, par exemple, un nom et une image.

⁴³ « *Persona* », en latin, signifie « *masque d'acteur, rôle, caractère* » : v. *Littre*, *V°* Personne.

⁴⁴ « *Prosôpon* », en grec, signifie « *visage* ».

personne humaine informe la personne juridique, « *c'est-à-dire à la fois lui " donne [...] forme " en la dotant d'une certaine fonction, d'une dignité, et [l'] " informe [...] " en la situant dans son environnement juridique et social* »⁴⁵. C'est, en effet, parce que la personne humaine est juridiquement et originellement la seule à être pourvue de dignité que la protection des choses passe nécessairement par celle de la personne : elle communique sa considération à la personne juridique, c'est-à-dire au sujet de propriété, condamnant ainsi les choses à l'avoir⁴⁶. Plus encore, doter, postérieurement à 1789, la personne humaine, quelle qu'elle soit, d'une personnalité juridique est, en soi, « *déjà faire œuvre de valorisation, de dignité, pour le sujet humain* »⁴⁷. Il ne s'agit donc pas d'une fatalité jusnaturaliste, mais d'un choix conscient. Enfin, l'extension de la personnalité juridique, à travers celle du domaine de la propriété, ne peut jamais conduire à un effacement de la personne humaine support de cette personnalité⁴⁸. Il n'est dès lors pas étonnant que cette (af)filiation reparaisse parfois, aux détours de certaines décisions.

865 UN ORDRE PUBLIC EN FAVEUR DE LA PERSONNE INCIDENT, MAIS QUASI CONTINU. – La prise en compte des biens incorporels par le juge pénal révèle la diffusion d'un véritable ordre public en faveur de la personne. La majorité des incriminations du Code pénal sont, en effet, au moins potentiellement consacrées à la protection de la personne. Le juge pénal peut alors en prendre acte en interprétant les règles en ce sens, par exemple en reconnaissant, puis en protégeant un bien inédit et peu déterminé dans l'intérêt de son propriétaire. Cependant, avant de développer ce dernier point, l'affirmation qui le fonde doit certainement être précisée.

866 Le souci de protection de la personne humaine détermine la répression à différents niveaux. Il représente notamment, dans le cadre de son domaine d'application – c'est-à-dire seulement pour certaines infractions –, à la fois la limite et la condition du caractère directif du droit pénal. La direction imprimée par ce dernier a, tout d'abord, un sens imposé : ne peut

⁴⁵ X. BIOY, *op. cit.*, n° 768, p. 403.

⁴⁶ C'est pourquoi elles sont des « biens » (v. *supra*, n° 123 et s.) : elles sont des choses définies avant tout par leur appropriation, c'est-à-dire par référence à un être seul juridiquement reconnu et auquel elles sont assujetties.

⁴⁷ X. BIOY, *op. cit.*, n° 781, p. 408.

⁴⁸ V. *supra*, n° 675 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 265, p. 224-225 : « *l'aliénation du corps humain, et, avec lui, celle de la personnalité est problématique car le lien qui unit le sujet à la personne est tel qu'il rend juridiquement impossibles les actes d'aliénation totale. [...] L'aliénation suppose qu'une personne se dépouille d'un bien au profit d'autrui, ce qui implique qu'elle existe encore après l'aliénation. Or l'aliénation de soi-même rend impossible la persistance du sujet, parce que la séparation du sujet et de la personne humaine provoque la disparition du sujet. [...] Mais il suffit que l'aliénation ait la vertu de ne pas provoquer l'extinction du sujet pour qu'elle devienne faisable* ». V. aussi n° 298, p. 264-265 : « *L'aliénation du corps humain in globo, est impossible à concevoir. La raison en est qu'elle emporterait disparition de la qualité de sujet de son auteur, alors que l'aliénation suppose que son auteur survive comme sujet de droit au transfert de propriété* ».

s'instaurer, par l'intermédiaire de la répression, qu'un ordre public *en faveur de la personne*, et non, comme il est trop souvent avancé, un ordre public *de la personne*, alors nécessairement plus large. Par conséquent, il n'appartient pas au droit pénal, en principe, d'interdire à une personne l'usage de l'un quelconque de ses biens, à commencer par son corps, du moins lorsque cet usage n'est pas susceptible de nuire à autrui. Une dignité « *opposée à la personne* » provoquerait, effectivement, une incohérence au sein de la protection de la personne : inévitablement constituée de la réunion d'un corps et d'un esprit, la préservation de l'un au détriment de l'autre porterait déjà atteinte à ce qu'est la personne⁴⁹. En revanche, s'il s'avère que la volonté de la personne s'exerce contre autrui ou contre un intérêt social, extérieur à la personne, rien ne s'oppose plus à l'existence d'une sanction pénale. C'est pourquoi un propriétaire peut se voir interdire, par le droit répressif, certains actes sur ses biens. Par exemple, il n'est pas le maître absolu de ses animaux⁵⁰, et ne peut jamais détruire, impunément, un bien classé ou inscrit⁵¹. La légitimité de ces interdictions réside tout autant dans ce que le droit pénal suppose de précautions, à chacune de ses interventions, que dans leur relativité imposée. Outre que l'article 544 du Code civil justifie les exceptions apportées au régime de certaines propriétés, ces dérogations sont d'autant plus recevables que leur application est encadrée par un ensemble de principes directeurs, propres à la matière pénale, et dont la fondation commune réside dans le respect des libertés individuelles⁵² – donc de la personne humaine.

867 Ensuite, à cette direction imprimée, s'ajoute une direction plus contingente. Lorsqu'il devient évident de protéger pénalement la propriété, nul ne s'interroge plus, en ce domaine, sur les fondements matériels de l'intervention du droit répressif. Il s'agit de défendre l'institution « propriété ». En revanche, lorsque la propriété devient plus polémique, en tout cas moins apparente, sa prise en compte malgré son ambiguïté est l'expression d'un véritable choix. La réception de la dématérialisation des biens par le droit pénal est, ainsi, la marque d'une direction plus que d'une protection passive, celle d'une promotion du sujet de droit peut-être

⁴⁹ En ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, n^{os} 9 et s., p. 2732 et s.

⁵⁰ V. art. 521-1 et 521-2 C. pén.

⁵¹ V. art. 322-2 C. pén., spéc. al. 2 : « [...] l'infraction est également constituée si son auteur est le propriétaire du bien détruit, dégradé ou détérioré ».

⁵² Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n^o 91, p. 63 : « le droit pénal et la procédure pénale doivent prioritairement préserver la liberté de l'homme. Ces disciplines permettent de percevoir avec une parfaite exactitude la place qu'une société réserve à l'individu. Aussi, et contrairement à trop d'idées reçues, le droit criminel constitue par nature une des branches les plus protectrices de la liberté individuelle [...] ». – Comp. A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 38, LGDJ, 2003, *passim*. – Adde G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 361 et s.

contestable, mais en tout cas constatable. Il faut donc inscrire la plupart des incriminations du livre III du Code pénal dans le cadre de la protection de la personne, fût-ce celle du propriétaire. Au bout de cette optique, il s'avère même que c'est, au sein de la personne, la volonté qui, précisément, est préservée par le droit pénal de la propriété⁵³. Cette conclusion n'a, d'ailleurs, pas été contredite par l'analyse de la technique infractionnelle : au terme du processus répressif, la mesure de ce que sanctionne le droit pénal est l'homme, pas les choses, puisque, à l'inverse du droit civil, le droit pénal ne distingue pas entre ces dernières⁵⁴. Plus encore, c'est même à travers le préjudice, c'est-à-dire l'atteinte portée à la société ou à la personne, que le droit pénal prend en compte les biens : l'homme reste la mesure essentielle de toute chose.

868 Pour conclure, il apparaît que, contrairement à ce qui est la plupart du temps soutenu, l'inversion des livres du Code pénal en 1992 n'a peut-être pas constitué l'expression d'un changement de valeur, mais a présidé, plus opportunément, au rétablissement d'une logique. La protection de la personne humaine passe, notamment, par celle de sa propriété, ce que le juge pénal agréé en reconnaissant de nouveaux biens.

B. La « surinterprétation » conséquente en droit pénal de la propriété

869 LA PRISE EN COMPTE RAISONNEE DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LE JUGE PENAL : L'EXTERIORITE COMME LIMITE DE LA SUBJECTIVITE. – Une « surdétermination » ne gagne toute son acuité qu'au stade de l'interprétation : seul l'interprète peut faire ressortir, à travers ses choix, l'orientation première d'un texte. Encore faut-il qu'une telle initiative ne soit pas prohibée : le juge pénal est, en effet, tenu à une interprétation stricte, qu'il n'est donc pas possible de dénaturer sous prétexte de l'existence d'un but plus large assigné aux incriminations⁵⁵. Si ce qui préside à l'action du juge est la volonté de la loi et, à travers elle, celle du peuple souverain, le praticien n'en doit pas moins respecter les textes qui fondent son intervention. A ce sujet, il a déjà été démontré que rien ne s'oppose vraiment, au sein des principales incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété, à la prise en

⁵³ V. *supra*, n^{os} 707 et s.

⁵⁴ V. *supra*, n^{os} 617 et s.

⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 117 et s.

compte des biens incorporels⁵⁶. Reste à définir avec précision les limites du pouvoir du juge en la matière.

870 Il faut, préalablement à l'intervention du juge pénal, qu'existe une chose qui, par le biais de son intervention, deviendra un bien. En l'occurrence, le droit consolide une situation de fait en la dotant d'effets juridiques ; il ne la crée pas. La conscience juridique des biens incorporels ne peut, ainsi, se bâtir *ex abrupto*, uniquement à partir de la personne : il faut, mais il suffit, qu'un objet extérieur à cette dernière existe, quel qu'il soit, aussi fortement marqué par la personnalité de son auteur soit-il. La naissance d'un bien est, avant tout, la naissance d'une chose⁵⁷.

871 La prise en compte par le droit pénal des biens incorporels démontre son indifférence, à la fois, envers la nature et envers l'origine de la chose. Si les textes d'incrimination posent que le bien peut être quelconque⁵⁸, c'est, au préalable, que la chose peut l'être, à la limite près, bien entendu, que cette chose puisse devenir un bien, c'est-à-dire qu'elle soit appropriable. Partant de ce premier constat, comment le juge pénal peut-il véritablement percevoir l'existence d'une chose purement intellectuelle ? De façon très simple, on l'a vu, le juge pénal doit procéder à un examen des utilités, se fondant pour cela sur la présence, chez au moins deux personnes, d'un intérêt commun envers un objet encore à définir⁵⁹ ; l'altérité agit comme un renfort de l'extériorité. C'est alors que transparait l'existence d'une « surinterprétation ».

872 Le juge pénal va, tout d'abord, parfois chercher la chose, ce qui peut paraître aller au-delà de son rôle traditionnel et légitime, mais ce qui n'étonne finalement pas, en considération du lien particulier entretenu entre le juge et la preuve en droit répressif⁶⁰. De plus, le bien, qui nécessite préalablement la chose, fait partie de l'élément matériel de l'infraction⁶¹, son existence devant donc, en principe, être démontrée par le Ministère public. Ensuite, l'attestation d'utilité n'est pas attribuée par le juge pénal uniquement au regard de ce qu'apporte objectivement la chose à une personne. L'utilité est, en effet, à l'image de la valeur dont elle constitue un aspect, propre à chaque personne concernée : une lettre missive, dénuée de toute valeur marchande, n'en est pas moins apte à constituer, pour son propriétaire,

⁵⁶ V. *supra*, 1^{ère} partie.

⁵⁷ Voir R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 23, p. 325-326.

⁵⁸ V. art. 312-1, 312-10, 313-1 et 314-1 C. pén.

⁵⁹ V. *supra*, n^{os} 489-490.

⁶⁰ V. *supra*, n^{os} 484 et s.

⁶¹ V. *supra*, n^{os} 23 et s.

le plus précieux des biens⁶². Ainsi, le moteur de l'intervention du juge pénal, lorsque le bien en présence est incorporel, apparaît clairement : la promotion ou, du moins, la considération de la personne du propriétaire. L'affirmation n'est d'ailleurs pas très originale, puisque c'est toujours en raison d'une attention du Droit envers les besoins et les créations de l'homme que de nouveaux biens et, préalablement, de nouvelles choses, sont consacrés.

873 LA PRISE EN COMPTE AUDACIEUSE DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LE JUGE PENAL : LA RECONNAISSANCE ACTIVE ET VOLONTAIRE DE LEUR ASSUJETTISSEMENT. – A

défaut de la manifestation d'une volonté contraire par leur créateur, les choses créées sont, en général, attribuées à celui qui les a générées⁶³. Bien qu'un tel octroi ne soit pas directement envisagé par le Code civil, il est régi par le Code de la propriété intellectuelle⁶⁴, ne demeure pas inconnu en droit du travail⁶⁵, et procède, quoi qu'il en soit, d'une logique naturelle : si le propriétaire d'un bien en recueille les fruits, à plus forte raison doit-il avoir un droit sur les fruits que lui-même engendre. En présence d'une manifestation de volonté, c'est-à-dire s'il existe un contrat qui préside au destin de la chose, tout devient plus simple encore : d'un côté, il n'est pas difficile de démontrer l'existence de la chose ; d'un autre côté, la désignation du propriétaire est l'objet même du contrat. Ainsi, classiquement, en matière de choses créées, soit l'attribution de la propriété est originaire, soit elle est dérivée. Le problème qui se pose n'est donc pas celui de la détermination du propriétaire, mais celui de la détermination de la propriété. Le juge pénal peut-il accorder un droit de propriété sur des choses créées, et en tirer toutes les conséquences en sanctionnant son éventuelle appropriation frauduleuse ?

874 A condition qu'il soit appropriable, un bien corporel est, dans une situation où il est disputé, nécessairement approprié : à défaut d'une meilleure preuve, et même, sous certaines conditions, par prédilection sur une meilleure preuve, la possession, c'est-à-dire le pouvoir de fait sur la chose, vaut titre ou droit⁶⁶. Pour les biens incorporels, parce que la tradition refuse durablement de consacrer leur aptitude à la possession⁶⁷, les choses se compliquent. Il ne s'agit plus vraiment, à leur égard, de protéger ce qu'est quelqu'un, ni encore de défendre ce

⁶² D'où sa protection par le droit pénal : v. *supra*, n^{os} 159, 330 et 338.

⁶³ V. *supra*, n^o 642.

⁶⁴ Art. L. 111-1, al. 1^{er}, C. propr. intell.

⁶⁵ V. par ex. T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992, nos 494 et s., p. 546 : « la réservation d'un produit du seul travail s'opère, en principe, au profit de la personne l'ayant créé ».

⁶⁶ V., pour les meubles, art. 2276 C. civ. ; pour les immeubles, art. 2255 et s. C. civ.

⁶⁷ V. *supra*, n^{os} 127 et s.

qu'a quelqu'un, mais, seulement, de prendre en compte une sorte de situation intermédiaire : ce qu'a produit quelqu'un. Le choix de défendre les choses créées par la propriété découle alors, de la part du juge pénal, d'une reconnaissance active et volontaire de l'existence d'une propriété dynamique et prospective. Le juge pénal ne se contente pas, comme à l'habitude, de constater et de rendre effective une propriété ; il intervient, ici, dans le processus de conception du lien de droit.

875 Techniquement, sa démarche prend la forme de la consécration, au sein de la jurisprudence pénale, de la création comme un mode général d'acquisition de la propriété⁶⁸. Plus fondamentalement, la propriété est, en l'occurrence, déterminée comme le mode de protection de la personne le plus pertinent, car l'objet à préserver, bien qu'étroitement lié à la personne, se situe en dehors de cette dernière. De plus, la propriété est le seul mécanisme apte à expliquer qu'une autre personne que le créateur puisse, à condition qu'existe une convention, prétendre également à une telle protection. Cependant, il n'en reste pas moins que l'effort exceptionnel et audacieux produit par le juge pénal ne s'éclaire et ne se justifie que par son souci de défendre la personne humaine, à travers la prise en compte de véritables « *choses humaines* »⁶⁹. Tout cela confirme, en tous les cas, l'importance du rôle joué par le juge pénal dans la consécration de biens à forte teneur personnelle.

§ 3. La conséquence : une approche pénale du bien par la personne

876 LA POSSIBILITE D'UNE APPROCHE PENALE PLUS SUBJECTIVE DU BIEN. – La particularité de la notion de bien, en droit pénal, réside principalement dans sa situation au sein de l'incrimination, puis de l'infraction : le bien constitue, en effet, le pôle-objet de l'élément matériel des atteintes pénales à la propriété⁷⁰. Dans ces deux cadres, abstrait ou concret, c'est de façon objective que le bien est généralement considéré : soit il forme la partie la plus immuable d'une interdiction, plusieurs incriminations se fondant sur l'intérêt qu'il représente,

⁶⁸ V. *supra*, n^{os} 203 et s. ; 642.

⁶⁹ Voir E. BAYER, *Les choses humaines*, thèse, Toulouse I, 2003, n^o 361, p. 238-239 : les « créations humaines [...] sont issues d'un processus de fabrication et de mise en circulation qui leur confère une certaine humanité, au point de caractériser ce qu'il a été convenu de nommer une " humanité juridicisée ". En elles-mêmes, ces créations ne participent pas de la dignité de la personne humaine en ce qu'elles ne sont pas matériellement humaines ; mais la dignité va se déplacer vers les centres de production de ces éléments humains intellectuels, qui sont inclus dans la personne humaine de laquelle ils sont indissociables. Ces derniers bénéficient ainsi de cette dignité au double titre de leur intégration dans la personne humaine et de source d'éléments humains ».

⁷⁰ V. *supra*, n^{os} 15 et s.

soit il incarne, une fois l'une d'entre elles transgressée, la part la moins subjective de l'atteinte. D'ailleurs, même lorsqu'il est étudié en dehors de la technique infractionnelle, le bien correspond à la propriété entendue objectivement.

877 La prise en compte par le droit pénal des biens incorporels démontre, pourtant, qu'a été consacrée une autre approche de la notion de bien, plus subjective. Bien que, à première vue, une rupture se soit alors produite dans la théorie du bien, il faut certainement, avant même de vérifier la légitimité de ce constat, déjà nuancer son originalité et, ainsi, aller dans le sens d'une relative orthodoxie. En effet, la conception pénale du bien souligne plus ce qui est commun à chaque bien, c'est-à-dire la réalité et la propriété, que ce qui est propre à chaque chose, c'est-à-dire l'infini. Par conséquent, le caractère subjectif du bien, – la propriété –, est, pour le droit pénal, tout aussi important que son caractère objectif, – la réalité. Plus encore, le facteur déclencheur de la répression résidant avant tout dans la propriété, puisque tel est l'intérêt finalement protégé par les incriminations, le caractère subjectif prend le pas sur le caractère objectif. Il le prend d'autant plus que c'est, à travers la propriété, la personne du propriétaire qui est, la plupart du temps, protégée. Dès lors, la subjectivisation du bien possède, en droit pénal, une base solide pour s'accomplir.

878 L'EXISTENCE D'UNE APPROCHE PENALE PLUS SUBJECTIVE DU BIEN. – La protection pénale de biens incorporels directement issus du sujet, qu'il s'agisse d'informations ou de services⁷¹, démontre qu'un bien peut avoir une origine subjective. Sa réification opère une objectivation qui n'a pas vocation à supprimer ce caractère, mais à le fondre au sein d'un ensemble perceptible par autrui, condition de l'appropriation de cette chose nouvellement engendrée. Il en résulte, paradoxalement, une certitude habituellement assurée seulement par l'objectivité : soit la personne qui a produit ou pour qui a été produit le bien est la victime de son appropriation frauduleuse, soit, parce qu'elle l'a concédé volontairement à un tiers, mais n'a finalement pas respecté cet engagement, elle se rend coupable d'une telle appropriation. Le bien subjectif ne gravite jamais très loin de son sujet de vocation.

879 C'est, alors, plus en amont que cette approche subjective semble poser un véritable problème en droit pénal. Une fois la réification opérée, c'est-à-dire une fois la chose détachée de la personne, il ne reste qu'à en tirer toutes les conséquences en s'interrogeant sur sa propriété : s'il s'avère que cette chose est un bien, soit qu'elle s'attache exclusivement et juridiquement à un sujet, elle le sera certes spécifiquement, mais de façon finalement comparable avec

⁷¹ Pour l'information, v. *supra*, n^{os} 384 et s. ; pour le service, v. *supra*, n^{os} 199 et s.

beaucoup d'autres biens et, de plus, pas de façon dirimante de sa prise en compte pénale. En revanche, l'opération même de réification à partir du sujet paraît de nature à heurter la logique pénale. Plus précisément, elle semble conduire à l'ouverture d'incriminations qui ne se conçoivent et ne se justifient qu'exceptionnelles.

880 En premier lieu, en considération de la facilité à caractériser la propriété d'une chose venant d'être autonomisée, tout devient bien ou, plus justement, la limite de la notion de bien devient difficile à déterminer⁷². Pour autant, outre que telle est sans doute la vocation potentielle d'une notion qui se doit de se calquer sur la réalité⁷³, par définition évolutive, la présence du bien ne suffit de toute façon pas à constituer l'infraction qui, seule, conduira à la responsabilité pénale. D'ailleurs, l'existence d'un comportement de type infractionnel, malgré l'embarras causé par l'identification du bien, de son propriétaire et de son usurpateur, n'est pas sans influencer le juge pénal dans sa qualification⁷⁴, ce qui démontre une fois de plus, – si l'on veut bien concéder que le juge n'intervient pas, particulièrement au stade de la cassation, par pure volonté de sévir –, l'optique alors protectrice de la répression.

881 En second lieu, dans une situation où une propriété n'a pas été préalablement éprouvée par le système juridique, c'est parfois l'intérêt à agir qui fonde la qualité⁷⁵. Conséquemment, il semble que ce ne soit plus par une concession obligatoire du système pénal que le propriétaire puisse participer au procès et être protégé⁷⁶, mais par une concession volontaire. Cependant, comme il a été précédemment souligné, sous couvert d'une extension jurisprudentielle de ce qu'elle représente, c'est bien encore une qualité qu'il est nécessaire de caractériser. En effet, même si le juge pénal doit, en l'occurrence, être plus actif dans sa recherche du propriétaire, encore faut-il – et, à ce stade, suffit-il – qu'il existe finalement un propriétaire, c'est-à-dire, d'un point de vue plus technique, un bien. En conséquence, d'une part, ce constat ne recèle rien de vraiment original, l'examen individuel que les biens supposent ne pouvant que conduire à un pouvoir important du juge. D'autre part, tout cela démontre, une fois de plus, que le juge pénal utilise alors une possibilité technique pour orienter la répression vers la protection de la personne. Mais, parce qu'il s'agit de droit pénal, les choix ainsi faits sont

⁷² V., en ce sens, J. DEVEZE, « A propos de l'évolution des " délits contre les biens " », *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 371.

⁷³ V. *supra*, n^{os} 123 et s.

⁷⁴ V., en ce sens, B. DE LAMY, D., 2005, juris. p. 414 : à propos d'une solution où était en cause un bien incorporel inédit (Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.), l'auteur précise qu'« a, sans doute, été déterminant pour les Hauts magistrats le fait que le salarié ait accepté une mission et violé la confiance de son employeur en détournant un projet dont il n'était que le détenteur, ce qui correspond bien au comportement incriminé ».

⁷⁵ V. *supra*, n^{os} 656 ; 748.

⁷⁶ V., sur la particularité, en droit pénal, de la qualité à agir d'un particulier, *supra*, n^{os} 709 et s.

nécessairement, à la base, des choix sociaux. Seule l'habilitation préalable du législateur autorise une telle interprétation et, puisqu'il s'avère que cette habilitation existe, la protection de la personne participe, inévitablement, de la protection de la société.

SECTION II. LA PROTECTION DE LA SOCIETE A TRAVERS LA PERSONNE

882 L'ORIGINALITE DU DROIT PENAL : LA PERSONNE DU COTE DE LA SOCIETE. – A partir du moment où la sauvegarde de la personne participe de l'ordre public, qu'il s'agisse de son existence, de son intégrité, de sa liberté, de sa dignité ou de sa propriété, il devient évident qu'à travers la protection de la personne est également défendue la société. L'idée n'est d'ailleurs pas nouvelle selon laquelle, concernant un certain nombre d'individus qui s'associent par la conclusion d'un « *contrat social* », « *sitôt que cette multitude est ainsi réunie en un corps, on ne peut offenser un des membres sans attaquer le corps* »⁷⁷. S'ajoute à cela que, si l'on choisit raisonnablement de ne s'en tenir, dans le cadre de cette protection, qu'à celle de la propriété, la justification sociale de l'intervention pénale ne souffre de toute façon pas vraiment polémique, la propriété constituant aussi l'un des fondements de l'ordre juridique⁷⁸.

883 A cet égard, et à l'aune d'une égale prise en compte aisée des biens incorporels, les protections européenne, constitutionnelle et pénale pourraient tout d'abord apparaître comme comparables, voire comme similaires : toutes trois, elles semblent faire de la propriété un droit qu'il est fondamental de préserver. Cependant, à mieux les étudier et les comprendre, il se dégage que, ce que la propriété imprime de commun à ces règles différentes, ne conduit jamais à l'anéantissement de l'originalité de chacune et, notamment, qu'elle sauvegarde l'originalité de l'intervention pénale. En effet, alors que les droits européen, constitutionnel, ou encore administratif, protègent la propriété d'une personne contre l'Etat, le droit pénal la défend justement au nom de l'Etat. Bien sûr, cette dissemblance est à relativiser : d'une part, c'est également au nom de l'Etat que le Conseil constitutionnel, par exemple, sanctionne les atteintes portées à la propriété ; d'autre part, bien que devant se prononcer sur la bonne exécution de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme par un Etat signataire, la Cour européenne connaît finalement de litiges entre particuliers, ceux que l'Etat

⁷⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Livre I, chap. VII, « Du Souverain ».

⁷⁸ V., à propos de cette dialectique, *supra*, n^{os} 807 et s.

concerné n'a pas su conventionnellement régler. Pour autant, ces points communs ne suffisent pas à ébranler la particularité du droit pénal : seul, il fournit à la victime d'une infraction un véritable arsenal public, ainsi qu'une armée tout aussi publique dont le zèle, professionnel, va être dirigé contre un autre particulier. Ce dernier point – seulement – le rapproche alors du droit civil, mais il ne s'agit, en réalité, que d'une ressemblance fugace, puisque, contrairement à ce dernier, ce n'est pas dans le but de préserver le commerce juridique que le droit pénal opère sa répression.

884 Comme il a déjà été précisé, la protection pénale de la propriété a deux causes : en premier lieu, les incriminations concernées préservent la propriété, en soi, en tant que mécanisme nécessaire à l'ordre juridique ; en second lieu, comme le révèle principalement le paroxysme constitué par la prise en compte pénale de biens sans corps, ces incriminations protègent également la personne à travers sa propriété. Fort, désormais, de la connaissance de ce qui imprime la direction de l'ordre public pénal en la matière, disposant, par là même, d'une clef de lecture de la dialectique générée par la dualité des causes de cette protection, il semble possible de dépasser l'opposition qui résultait de la disparité de ces causes. A mieux les examiner, en effet, il apparaît que la seconde explique la première.

885 Le mécanisme de la propriété, comme l'ensemble du système pénal, ne sont que les conséquences d'un pacte social en vertu duquel, notamment, chacun les reconnaît et les accepte en contrepartie du profit qu'il en tire⁷⁹. Ainsi, la conclusion du pacte et son résultat immédiat, c'est-à-dire la création d'un ordre social et de tout ce qu'il implique, ne représentent pas des fins en soi, subordonnées qu'elles sont à leur cause première et au respect qu'elles lui doivent. Cette finalité première se retrouve, en filigrane, dans l'œuvre des trois grands théoriciens du contrat social : qu'il s'agisse, en effet, de préserver la vie de chacun⁸⁰, de sauvegarder la liberté individuelle et la propriété privée⁸¹ ou de rendre le peuple souverain⁸², c'est bien toujours le bien-être de l'homme qui est recherché. Chaque individu, en échange de la concession d'une liberté innée et arbitraire, obtient une liberté construite, moins étendue mais plus effective, puisque garantie socialement. Celle-ci prenant la forme, principalement, d'une liberté civile, la propriété, ainsi que d'une liberté pénale, la sécurité⁸³,

⁷⁹ A propos de l'existence d'un tel pacte, v. ses trois principaux théoriciens : T. HOBBS, *Le Léviathan*, 1651 ; J. LOCKE, *Second Traité du gouvernement civil*, 1690 ; J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*

⁸⁰ Voir T. HOBBS, *op. cit.*

⁸¹ Voir J. LOCKE, *op. cit.*

⁸² Voir J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*

⁸³ Si « le droit criminel constitue par nature une des branches du droit les plus protectrices de la liberté individuelle » (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, *loc. cit.*), ce que confirme l'étude à la fois de la

leur sauvegarde contribue, à la fois, à celle de la société et à celle de l'individu. Plus encore, lorsque ces libertés s'entremêlent, soit lorsque le droit pénal se donne pour but de préserver la propriété, le lien n'est jamais aussi fort entre la protection de la personne et celle de la société⁸⁴.

886 La protection pénale des biens incorporels n'est donc pas simplement la marque d'un individualisme croissant. A travers l'individu et sa propriété, dont la préservation constitue le but de toute société, c'est la société elle-même qui est défendue, puisque sa pérennité est dépendante du respect du but en question. Cela explique que, même lorsqu'il s'agit de reconnaître et de protéger pénalement de nouvelles formes de propriété, c'est bien l'intérêt général qui est en cause. Reste alors, pour le système pénal, à faire preuve de cohérence dans l'appréhension de la propriété, quelle qu'elle soit. En premier lieu, parce que le pacte social a conféré à l'Etat le monopole dans l'exercice de la répression, ce n'est que de façon exceptionnelle, et surtout restreinte, que le propriétaire peut participer au procès pénal⁸⁵. En second lieu, parce que le but affecté à cette répression est, tout à la fois, l'intérêt général et le bien-être des individus, ce n'est que de façon restreinte, et surtout exceptionnelle, que le juge pénal doit sanctionner des atteintes purement objectives portées au droit de propriété, qui ne préjudicient à aucun propriétaire déterminé⁸⁶. L'un dans l'autre, il ne s'agit alors que de tirer les conséquences de la construction d'une protection pénale de la propriété : la recherche de cohérence doit être tout aussi technique que conceptuelle, ce qui ne signifie pas que le juge pénal n'a pas le pouvoir, parfois, de faire privilégier un aspect sur l'autre. Il faut, en effet, assumer la double nature juridique du bien qui se déduit du système ainsi décrit.

887 LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DU BIEN EN DROIT PENAL : LES DEUX VISAGES DE L'ORDRE PUBLIC PENAL DE LA PROPRIETE. – L'étude de la dématérialisation des biens en droit pénal ayant permis de mener à terme l'analyse des causes du droit pénal de la propriété, il ne reste

notion et du régime de la loi pénale, c'est parce que « toute loi qui s' [...] écarte [du respect des libertés] rencontrera toujours une résistance qui finit par l'emporter, tout comme une force, bien que minime, si elle s'exerce continuellement, vient à bout de n'importe quelle impulsion violente imprimée à un corps » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, coll. GF, Flammarion, 1991 (texte de 1764), p. 54). En résumé, si le pacte social est rompu d'un point de vue pénal, alors le droit pénal n'est plus acceptable pour l'ensemble du corps social.

⁸⁴ Il l'est même plus encore qu'en matière de protection pénale de la personne proprement dite, puisque la protection pénale de la propriété ne bénéficiant pas de l'évidence de cette dernière, sa mise en œuvre est nécessairement la marque d'une volonté agissante : celle de lier individu et société.

⁸⁵ V. *supra*, n^{os} 739 et s.

⁸⁶ Sur ces atteintes, v. *supra*, n^{os} 420, 624, 705 et 812 et s. – En droit civil, dans l'intérêt de la société et de l'individu, le temps peut finir par faire d'un possesseur, fût-il de mauvaise foi, le propriétaire d'une chose : v. art. 2258 et 2272 C. civ.

plus qu'à constater que leur dualité rejoint, bien logiquement, les deux natures du bien en droit pénal, elles-mêmes déjà révélées par l'examen de la considération pénale des biens incorporels.

888 Premièrement, en droit pénal comme en droit civil, le bien est une chose qui n'a vocation à profiter qu'à une seule personne, un objet affecté au bien-être de son propriétaire⁸⁷. Deuxièmement, en droit pénal uniquement, le bien représente également un instrument de répression : fonctionnellement, il est une partie de l'élément matériel des infractions contre la propriété⁸⁸. De cette dualité, il ressort que l'orientation de la répression, tributaire de l'interprétation de la notion de bien – mais conditionnée par une obligation de cohérence –, peut connaître deux directions, l'une subjective, l'autre objective. Selon celle qui est concrètement choisie par le juge pénal, c'est la personne ou la société qui prédomine, mais, quelle que soit celle que choisit le juge pénal, la personne ou la société ne sont jamais véritablement délaissées. Dans la plupart des cas, cependant, il faut préciser que c'est dans un entre-deux que se situe le juge pénal, aucune conception ne prévalant distinctement sur l'autre. De la sorte, parce que le bien est alors protégé sans qu'il soit possible ou utile de déterminer l'orientation principale de la répression, il devient difficile de savoir qui, de l'objet ou du sujet, est, selon le juge, le bénéficiaire légitime de la protection : suffit-il qu'il existe un bien, ou faut-il que se manifeste un propriétaire ? Cette équivocité explique, sans doute, le silence usuel de la doctrine pénaliste en la matière, ou son orientation pour la première réponse. Pourtant, il est nécessaire que subsiste un rapport clair de sujet à objet pour que la répression puisse opérer.

889 C'est dire que le droit pénal est tenu tout autant par la notion de bien que par celle de personne – juridique : de même qu'il faut un objet, et fût-ce pour prendre en compte la dématérialisation de celui-ci, la personne doit demeurer pour que le rapport subjectif puisse se réaliser et, partant, être sanctionné. Veillant à cet impératif de façon accrue depuis que se développent des biens éminemment subjectifs, la plupart du temps incorporels, le droit pénal participe, également, à la détermination du domaine de la propriété.

890 CONCLUSION DU CHAPITRE 2. – L'articulation des deux causes du droit pénal de la propriété, l'une objective, tournée vers la société, l'autre subjective, tournée vers le seul propriétaire,

⁸⁷ V. *supra*, n^{os} 123 et s.

⁸⁸ V. *supra*, n^{os} 15 et s.

s'avère finalement possible. Dans un premier temps, pourtant, il est apparu que la personne humaine pouvait être, même sur le fondement des incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété, la raison déterminante de l'intervention du droit pénal. En effet, en sanctionnant, notamment, l'atteinte portée au créateur d'une information ou au bénéficiaire d'un service par le biais de ces textes, le juge pénal a, certainement, contribué à promouvoir une approche du bien par la personne. C'est alors, semble-t-il, un humain plus qu'un propriétaire, que le droit pénal protège. Une telle orientation humaniste, voire humanitaire, de la répression s'inscrit harmonieusement, de surcroît, au sein d'un droit qui promeut déjà, aisément, car il est directif, et légitimement, car il est éthique, la personne humaine. De la sorte, cette considération de la personne humaine au-delà du livre II du Code pénal paraît simplement autoriser la constance de ce qui peut-être qualifié de véritable ordre public en faveur de la personne.

891 Dans un second temps, cependant, il est apparu que la société n'était pas, pour autant, délaissée par le droit pénal de la propriété. D'une part, du point de vue du sujet, à travers la protection de l'individu, c'est également la collectivité qui est préservée ; d'autre part, du point de vue de l'objet, même lorsque la répression est mise en œuvre par considération pour le bien d'une personne donnée, elle assure, simultanément, la sanction de l'atteinte alors portée à la propriété perçue comme institution sociale. Cette association entre le propriétaire et la société est propre au droit pénal de la propriété. Elle s'explique, originairement, par l'existence d'un pacte social, en vertu duquel chacun a concédé à la société une part de sa liberté en échange, notamment, de la sécurité de ses biens ; la pérennité de la société paraît donc tributaire du respect de son engagement. Cela implique, de façon dialectique, que si l'Etat a le monopole de la répression, celle-ci s'exerce, tout à la fois, dans l'intérêt général et pour le bien-être des individus. Dès lors, non seulement, le droit du propriétaire de participer au procès pénal doit être restreint, mais aussi, le droit du juge pénal de réprimer des atteintes purement objectives portées au droit de propriété doit rester exceptionnel. Néanmoins, la double nature du bien qui résulte du présent système doit être assumée : elle autorise, de la sorte, le juge pénal à orienter la répression subjectivement ou objectivement. Telle semble être, de toute façon, la condition d'une approche réaliste de la propriété.

Conclusion du titre II

892 LE DROIT PENAL DE LA PROPRIÉTÉ, DROIT NORMATIF. – La doctrine pénaliste répugne, classiquement, à déterminer avec précision les causes de l'intervention du droit pénal en matière de propriété. Présentant la protection de la propriété comme une évidence, les auteurs se contentent, en général, d'en examiner les incidences techniques. Il faut dire qu'une telle question, en apparence anodine, en suppose d'autres, qui le sont certainement moins : que constituent le droit pénal et la propriété, et que représentent-ils l'un pour l'autre ?

893 La dématérialisation des biens paraît être, à la fois, l'occasion et le moyen d'entreprendre une telle étiologie du droit pénal de la propriété. Ce phénomène s'étant diffusé au sein de l'ensemble du système pénal, son examen ne peut désormais, semble-t-il, se résumer à une recherche d'incohérences ponctuelles. Il révèle, plutôt, l'existence d'un véritable choix d'ordre normatif, contemporain, dans lequel le juge pénal a joué une grande part. Cela signifie, tout d'abord, que, malgré son inscription dans un domaine empreint de libéralisme, la propriété reste au moins contrôlée par le droit pénal. Ensuite, cela oblige à une interrogation sur la fonction du juge dans la répression, puisque repose alors sur lui, en la matière, la constance d'un ordre public directif. Il n'y a cependant, dans cette promotion incontestable de la jurisprudence, rien qui soit vraiment de nature à contredire les principes de la répression. La démarche du juge reste, classiquement, encadrée en permanence par le législateur, qui lui adresse diverses directives d'interprétation. Principalement, c'est de la loi que procède l'autorisation de l'ouverture de la notion de bien à l'immatériel, cause essentielle de l'ensemble des évolutions du droit pénal de la propriété, de même que c'est le système pénal dans son entier qui agrée son orientation occasionnelle en faveur de la personne.

894 Une fois admis que le juge agit bien selon une habilitation légale, il appert que ce droit pénal assidûment normatif peut, de la sorte, nourrir et assurer la régénération du droit commun des biens sans se dénaturer, c'est-à-dire en restant un droit original plutôt qu'autonome. Cela implique, en revanche, d'organiser les relations qu'il entretient avec les différentes autres règles qui régissent la propriété, par exemple par la mise en œuvre des règles de conflit existantes, et par l'instauration d'une autorité positive de chose jugée. Sur cette base, une approche causative de la protection pénale de la propriété s'avère concevable.

895 LE DROIT PENAL DE LA PROPRIÉTÉ, DROIT REALISTE. – La reconnaissance des biens incorporels, en contraignant différentes juridictions à se prononcer sur la nature de la

propriété, a contribué à révéler que celle-ci représente tout autant, en droit pénal comme ailleurs, la partie du droit objectif qui rend possible le commerce juridique, et un droit subjectif voué au bien-être de son sujet. En raison de sa fonction, il semblerait que le droit pénal n'ait vocation qu'à en préserver l'aspect objectif. Cela ressort, d'ailleurs, de certaines décisions rendues par le juge pénal. Mais la considération active, par ce dernier, des biens immatériels créés que constituent essentiellement les informations, dans d'autres décisions, incite à relativiser ce constat. Plus encore, ces solutions ne paraissent être, en définitive, que la manifestation d'un choix légal : celui de promouvoir la personne juridique et, à travers elle, la personne humaine. Cette approche humaine, parfois même humaniste, de la propriété ne remplace cependant pas sa prise en compte collective ; elle s'y inscrit. La protection de la société passe, effectivement, par celle des individus qui la composent et, notamment, de leur propriété. En conséquence, le juge pénal dispose d'une faculté d'orientation de la répression, selon qu'il souhaite plutôt promouvoir la société, ou la personne. Ses incursions récurrentes dans le domaine personnel obligeront sans doute, à l'avenir, à mieux définir les frontières du droit pénal de la propriété. Toutefois, l'intervention accrue du juge permet, pour le moment, de faire bénéficier le droit des biens du réalisme d'un droit pénal en mouvement perpétuel, celui-ci devant sans cesse s'adapter aux changements des faits juridiques et des objets qu'il régit, c'est-à-dire aux transformations de ce qu'il réprime et de ce qu'il protège.

Conclusion de la 2nde partie

896 LA REVELATION SYSTEMATIQUE DE LA THEORIE DE L'INFRACTION PAR LA DEMATERIALISATION DES BIENS. – Il ressort de ce qui précède que, à l'instar de l'étude de la réception de la dématérialisation des biens par le droit pénal, qui a pu démontrer, déjà, l'existence d'un apport juridique mutuel entre les deux pôles de la tension ainsi considérée, l'analyse inverse, c'est-à-dire celle de la contribution de la dématérialisation à la connaissance du droit pénal, a, non seulement, confirmé l'existence d'une telle bilatéralité, mais surtout, consolidé l'hypothèse d'un aboutissement de la réception.

897 Le processus de répression des atteintes à la propriété, qui conduit de la détermination de plusieurs interdits à l'exécution de sa peine par celui qui a enfreint l'un d'entre eux, nécessite la mise en œuvre ordonnée de nombreux mécanismes, dont l'appréhension, singulière ou universelle, n'est pas toujours aisée pour les divers interprètes du droit pénal. A cette fin, la prise en compte des biens incorporels par le droit pénal s'avère très avantageuse, puisqu'elle autorise un certain nombre de révélations importantes.

898 Tout d'abord, elle permet de compléter et de préciser la liste classiquement dressée des éléments indispensables au déroulement dudit processus. A cet égard, la notion de bien, principalement, apparaît avec assiduité de l'incrimination à l'infraction, ce constat obligeant à sa qualification, abstraitement, comme élément constitutif de l'incrimination et, concrètement, comme objet de l'atteinte pénale, puis du dommage causé par celle-ci. Nécessaire à la réalisation de l'infraction, la présence du bien semble même suffisante, le droit pénal entretenant une conception épurée de ce dernier, qu'il perçoit simplement, pour différentes raisons, comme une chose appropriée, bref comme le substratum d'une propriété, quelle qu'elle soit. C'est pourquoi le droit pénal préserve les biens incorporels et les biens extrapatrimoniaux, jusqu'à certains attributs de la personnalité, et c'est la raison pour laquelle il a au moins vocation à défendre la propriété immobilière.

899 Ensuite, la considération de la dématérialisation des biens par le droit pénal démontre que la fonction et l'articulation des autres éléments qui participent de ce processus doivent être repensées. Il appert, effectivement, que la notion de patrimoine n'y joue, en définitive, qu'un rôle passif et variable, sa protection n'étant qu'incidente à celle de la propriété, qui s'y inscrit le plus souvent, mais qui en déborde parfois. Celle-ci peut désormais, par exemple, être

affectée, par le biais d'une fiducie, afin que se forge un autre type d'ensemble intellectuel, le droit pénal se devant alors de s'adapter à cette évolution de ce qu'il a pour impératif de préserver.

900 En revanche, il semble que la notion de préjudice ait été délaissée à tort par la doctrine pénaliste, car elle est utile à la répression tant substantiellement, que procéduralement. Plus encore, partageant la constance du bien, aux stades de l'incrimination et de l'infraction, l'une étant déterminée afin de l'éviter, l'autre le provoquant inéluctablement, le préjudice est susceptible, par sa présence consubstantielle à l'atteinte, de la révéler et de compenser, par là même, l'immatérialité de son objet. Selon une optique comparable, l'ubiquité des propriétés incorporelles, qui génère fréquemment une situation dans laquelle plusieurs vont avoir un droit sur un même objet, ne constitue finalement, malgré ses abords problématiques, voire contradictoires, qu'une incitation à la démonstration de la cohérence de la notion de préjudice en droit pénal de la propriété : lorsqu'une infraction est commise à l'encontre de cette dernière, elle cause un trouble à la société, ainsi qu'un préjudice au propriétaire du bien et à chaque titulaire d'un droit direct sur celui-ci, c'est-à-dire d'un droit réel. Parallèlement, le pouvoir de chacun reste, au sein du procès pénal, tributaire de l'estime portée par le législateur, volontairement ou inévitablement, à leurs préjudices respectifs.

901 LE RESULTAT D'UNE INDUCTION QUI S'IMPOSE : LA DETERMINATION DES CAUSES DU DROIT PENAL DE LA PROPRIETE. – Ces révélations, dues essentiellement à la prise en compte par le droit pénal de la dématérialisation des biens, apparaissent centrées exclusivement sur les effets de l'infraction. Toutefois, outre qu'au final, en la matière, un tel constat n'étonne guère, en raison avant tout de la logique nécessairement rétrospective du procès pénal, qui intervient toujours après la violation de la loi pour en rechercher les causes, il autorise surtout un autre niveau d'analyse : comme le fait le juge pénal concrètement, lors de chacune de ses interventions, il est certainement possible, abstraitement cette fois, de remonter des effets à la cause.

902 La cause de l'intervention pénale dans le domaine de la propriété, effacée par la conjonction du temps et de l'évidence, reparaît effectivement, à la lueur de l'immatériel, comme étant double : d'une part, il s'agit de préserver la propriété, mécanisme fondamental du droit, pour son apport collectif ; d'autre part, il s'agit de défendre chaque individu, titulaire d'un droit subjectif puissant, contre toute perturbation grave de sa relation exclusive. De la sorte, a été bâti et se trouve désormais entretenu un véritable ordre public en faveur de la personne, la

protection de la société passant, également, par celle de ses membres propriétaires. Ce que la loi autorise alors, par l'entremise de différentes directives d'interprétation adressées au juge, est l'existence d'une double orientation de la répression, soit qu'elle s'opère objectivement, soit qu'elle s'opère plus subjectivement, garantissant par là même le réalisme du droit pénal. Ainsi, parmi les biens incorporels que le système pénal s'avère incontestablement apte à recevoir, il faut parfois compter les choses éminemment personnelles que sont, par exemple, les attributs de la personnalité.

Conclusion générale

903 LA PORTEE DE LA CONSIDERATION PENALE ENVERS LA DEMATERIALISATION DES BIENS. –

Encore et sans doute durablement contestée, la prise en compte par le droit pénal des biens incorporels n'est, cependant, pas niée par les interprètes. Son principe a, en effet, été expressément posé par la jurisprudence, en vertu de laquelle « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* »¹. Tout le problème semble donc résider, désormais, dans la détermination de la portée de cette affirmation. Tel était, en définitive, l'objet principal de notre travail.

904 Dans un premier temps, il aurait été aisément possible de cantonner la réception pénale des biens incorporels. Autrefois inspirée par le législateur de l'abus de biens sociaux, elle est aujourd'hui pilotée par le juge de l'abus de confiance, auquel l'on pourrait alors reprocher, presque paradoxalement, de heurter de la sorte le principe de légalité. Ce dernier ne suppose-t-il pas, effectivement, l'imperméabilité de chaque texte d'incrimination, à travers un principe de spécialité rigide, recherché et obtenu par la modernité ? De même, n'est-ce pas tout autant enfreindre la légalité, que d'interpréter un texte de nature répressive d'une façon trop compréhensive ? Au contraire, le juge pénal n'a-t-il pas, par la présente interprétation, rempli précisément son office, en recherchant l'esprit de la règle sans jamais en contredire le texte, fût-ce alors par l'emploi d'une méthode en partie analogique² ? La spécialité n'a pas pour but, en effet, d'effacer la racine unique de certaines incriminations, – qu'au demeurant nul ne récuse –, dont une interprétation divergente des éléments communs conduirait, plus certainement encore, à l'arbitraire et, partant, à l'insécurité juridique. Quoi qu'il fasse finalement, le juge pénal sera donc accusé d'aller contre ou au-delà de la loi. C'est, sans doute, le prix à payer face au refus traditionnel de percevoir la Cour de cassation, à plus forte raison encore sa Chambre criminelle, comme ce qu'elle est vraiment : « *le bras séculier de la loi* »³.

¹ Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338.

² Cette analogie entre certaines parties de différents textes n'est pas comparable à celle, interdite au juge pénal, en vertu de laquelle « *l'omission du législateur [est] palliée par une extension de ce qu'il a prévu à ce qu'il a omis* » (W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, « Interprétation de la loi pénale », n° 11, p. 3).

³ F. ZENATI-CASTAING, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 575, 15 avr. 2003.

905 Dans un second temps, en marge de ce procès structurel du juge pénal, il ne nous a pas paru qu'un tel cantonnement constituât véritablement le destin de la réception pénale des biens incorporels. Le double aboutissement dont celle-ci semble faire l'objet, actuellement ou prospectivement, a vocation à concerner un domaine plus large que la seule incrimination d'abus de confiance, dont le cadre compréhensif a simplement facilité l'éclosion d'un principe. D'une part, c'est le système pénal de protection de la propriété qui s'est avéré, entièrement et absolument, apte à préserver les biens incorporels. D'autre part et surtout, ce système est sorti enrichi de sa confrontation à l'immatériel, fort notamment de la révélation du degré de raffinement juridique dont il était capable. De cela, découlent deux constats, pareillement inattendus : en premier lieu, alors que la considération pénale envers les biens incorporels effraie, elle apparaît pourtant, en de nombreux points, voire de façon quasi linéaire, plus orthodoxe qu'hétérodoxe ; en second lieu, alors que l'on n'escomptait rien de particulièrement bénéfique de l'appréhension de l'immatériel par le droit pénal, élément séditieux plutôt qu'avantageux qu'il représenterait pour la répression, sa prise en compte a pourtant apporté bien plus que ce qu'elle n'a nécessité.

906 UNE CONSIDÉRATION ORTHODOXE. – Différentes manifestations de la réception pénale des biens incorporels, phénomènes plus ou moins polémiques, mais indices suffisants de sa diffusion au-delà de l'incrimination d'abus de confiance, invitaient d'abord à dilater le domaine de la recherche, et à la recentrer autour du système pénal de protection de la propriété pris dans son ensemble, quitte, par la suite, à procéder par exclusion. Cependant, encore fallait-il, pour justifier de la légitimité et de la pertinence d'une telle démarche, retrouver alors, conjointement, la cohérence et la sûreté qui sièent au fonctionnement de ce système de nature répressive.

907 Bâtie à partir, puis autour des incriminations issues de la scission du *furtum*, la protection pénale de la propriété n'a, avec le temps, plus été assurée exhaustivement par le livre III du Code pénal. Or, au cours de la formation de ce corps de règles conséquent, plusieurs autorisations légales d'ouverture de la répression à l'immatériel ont pu être données. Tel fut notamment le cas, par exemple, lors de l'incrimination de l'escroquerie de service, des filouteries, de la contrefaçon, ou encore de l'abus de biens sociaux. Il restait alors à savoir si, en ce qui concerne les autres textes, dont la création ou la modification n'ont pas semblé porter expressément sur cette question, l'immatériel pouvait malgré tout être en cause, bref si

la vocation générale de la protection pénale de la propriété corporelle s'étendait aux propriétés incorporelles.

908 A cette fin, l'examen de certains des textes spéciaux s'est avéré utile. En effet, alors que l'excès de spécialité de la plupart de ces incriminations forgées pour l'immatériel réduit l'intérêt de leur étude dans le cadre d'un système plus large, la spécialité relative de quelques autres, principalement l'abus de biens sociaux, les rend finalement comparables aux incriminations « générales » du livre III du Code pénal. D'une part, ces dernières restent nécessairement régies par le principe de spécialité ; d'autre part, elles gardent, avec l'abus de biens sociaux, un objet commun : tout bien, quel qu'il soit. Plus encore, parce que la détermination du texte spécial s'est, en l'occurrence, déroulée antérieurement à la modification des textes généraux, la directive d'interprétation légale de la notion de bien, en cours pour le premier, vaut également pour les suivants, ce que la jurisprudence a confirmé. Plus prosaïquement, cela signifie que si le bien « social » peut être incorporel, le bien « quelconque » le peut aussi, d'autant que l'épistémologie de la notion de bien a révélé que rien ne l'interdisait, et qu'un raisonnement *a fortiori* conduirait, quoi qu'il en soit, à une conclusion similaire. Toutefois, la pertinence de cette analyse demeurerait tributaire de l'aptitude de l'élément matériel de chacune de ces incriminations à la dématérialisation, ce qui, contre toute attente, n'a souvent pas posé de difficulté. En revanche, tant pour cette raison précisément, que parce qu'elle se démarque en faisant référence à la « chose d'autrui » plutôt qu'au « bien », l'incrimination de vol paraissait devoir obéir à une autre logique.

909 Le présent constat apparaissait pourtant, dès l'abord, comme des plus paradoxaux : le vol semble effectivement constituer, de toutes les incriminations dont la cause réside dans la protection de la propriété, la plus générale. C'est sans doute pourquoi c'est son extension qui a, la plupart du temps, permis de pallier, plus ou moins heureusement, les diverses failles de la maille répressive en matière de propriété. Cela explique, pareillement, que la lecture des décisions rendues par le juge sur ce fondement porte à dresser un inventaire des plus hétérogènes contenant, par exemple, des choses extrapatrimoniales, voire extracommerciales. Dans cette optique, après avoir rétabli la rigueur parfois perdue, notamment par un rappel du fait que la discontinuité de la répression est la condition même de son acceptation sociale, il devenait possible de se rendre compte que, d'un côté, la chose d'autrui ne représente que le bien d'un autre et, d'un autre côté, qu'est susceptible de se développer une notion intellectuelle de soustraction, moins frustrante que la notion matérielle, mais constituant, tout autant, un comportement univoque d'appréhension frauduleuse de ce qui n'appartient pas à

celui qui agit. Au juge pénal de tirer plus explicitement toutes les conséquences de cette démonstration.

910 A ces difficultés théoriques posées par la réception pénale des biens incorporels – qui, à l’examen, n’en sont donc pas vraiment –, s’ajouteraient des obstacles pratiques plus déterminants, qui résulteraient des caractères propres de ces objets, essentiellement leur ubiquité et leur immatérialité. Là encore, pourtant, parce que les biens incorporels nécessitent généralement, afin d’apparaître et de circuler, tout un réseau d’autres biens, dont la plupart sont matériels, leur appréhension est, si ce n’est plus aisée, du moins pas plus malaisée que celle des biens corporels. Tout au plus faut-il alors discriminer clairement les différentes propriétés en présence, ce que, il est vrai, ne se donne pas toujours la peine de faire le juge pénal. Ainsi, il apparaît possible de localiser un bien incorporel et l’atteinte pénale qu’il a subie, de même que la démonstration de son existence et de ses appropriations, légitime puis frauduleuse, ne paraît pas irréalisable. De la sorte, la prise en compte pénale des biens incorporels semble, aussi bien pratiquement que théoriquement, parfaitement assimilable à celle des biens corporels. Au-delà, l’immatérialité du bien se présente même, parfois, comme étant de nature à faciliter la répression d’une appropriation frauduleuse donnée, par exemple lorsque le mécanisme punitif recourt, pour s’accomplir plus efficacement, aux diverses techniques attachées à la valeur.

911 Aurait-on véritablement, dans ces conditions, ouvert la boîte de Pandore ? Il ne le semble absolument pas. En effet, lors de la répression de l’appropriation frauduleuse d’un bien incorporel, il appert, non seulement, que les principes fondamentaux qui régissent la matière pénale demeurent saufs, mais surtout, que la sécurité et la sûreté juridiques sortent finalement renforcées d’un tel progrès de la science pénale : du point de vue de la personne mise en cause, l’unité d’interprétation de la notion de bien, que postule la prise en compte générale des biens incorporels, autorise, à la fois, une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de l’interdit pénal ; du point de vue de la victime, l’évolution de la notion de bien, que suppose cette même prise en compte, permet d’entretenir une approche plus réaliste de l’objet protégé par l’incrimination.

912 Pour autant, il faut bien reconnaître qu’il n’y avait au départ, dans ces conclusions, rien de réellement évident : l’absence de considération de la matérialité comme une limite de la répression des atteintes à la propriété n’est pas de nature à offrir la perspective rassurante que se doit, pourtant, d’assurer le droit pénal moderne. Toutefois, la sanction de l’appropriation frauduleuse d’un bien incorporel paraissant, au final, s’opérer avec autant de garanties que s’il

s'était agi d'un bien corporel, il n'existe alors aucune raison d'exiger d'elle une caution supplémentaire qui, de surcroît, porterait sans doute à dénaturer la réalité de l'appropriation, au sein de laquelle des biens immatériels côtoient les biens matériels. Quel que soit le sens, il n'appartient pas au juge pénal, en principe, d'aller au-delà de la légalité, seul important que son intervention se déroule dans le respect constant de celle-ci.

913 En revanche, si l'on veut bien s'accorder sur le fait que le droit pénal protège plus encore qu'il ne réprime, bref qu'il est également, et peut-être surtout, un droit normatif, d'autres problèmes de limite se posent, dont la particularité réside, cette fois, dans le caractère structurel. Les frontières de l'application du droit pénal doivent, en effet, être autant recherchées dans la détermination de l'objet qu'il a vocation à préserver, que dans les moyens qu'il emploie à cette fin. Or, de façon générale, l'interprétation téléologique, à laquelle peut légitimement recourir le juge, commande la relative flexibilité de certaines notions mobilisées par le droit pénal, afin que celui-ci puisse s'adapter aux nécessités de la vie moderne⁴. En conséquence, l'appréhension juridique de ces notions est rendue plus complexe, de même que celle des comportements incriminés dont la conception devra, parfois, consécutivement évoluer. Plus particulièrement, en l'interprétation de la notion de bien réside une difficulté majeure et certainement immuable, la nature de ce concept juridique calqué sur la réalité en faisant un objet presque aussi insaisissable que cette dernière. Seule la cohérence entre le bien et la réalité paraît, alors, pouvoir être maintenue. Comme l'a souligné un auteur, « *le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur* »⁵.

914 Il apparaît donc, en définitive, que les difficultés posées par la protection pénale des biens incorporels s'attachent plutôt à la protection générale de la propriété par le droit pénal. Dès lors, la considération pour l'immatériel est, sans doute, plus orthodoxe qu'elle ne le semble de prime abord.

915 UNE CONSIDERATION AVANTAGEUSE. – La réception pénale des biens incorporels invitait ensuite, de façon peut-être moins attendue, mais à l'instar, pourtant, de la plupart des réflexions sur l'appréhension de l'immatériel par le droit, à une relecture éclairée du système pénal de protection de la propriété. En éprouvant chacun des mécanismes dont la mise en œuvre apparaît nécessaire à la répression d'une appropriation frauduleuse, la dématérialisation des biens pouvait semble-t-il, en effet, contribuer à révéler leur véritable essence. Plus encore,

⁴ Voir W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n° 26, p. 5.

⁵ T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 24, p. 290.

alors mis en balance avec le constat d'orthodoxie de la prise en compte pénale des biens incorporels, cet aspect heuristique du phénomène étudié s'avérait, en définitive, comme le plus important. Ainsi, le processus répressif nous a paru, à cette aune, emprunter la forme suivante.

916 Au stade de l'incrimination, il s'agit toujours, matériellement, d'interdire un comportement donné, dont la réalisation est susceptible de heurter un intérêt considéré comme suffisamment important d'un point de vue social. Subséquemment, certains agissements sont prohibés spécialement parce qu'ils sont de nature à porter atteinte à la propriété et, par là même, à la société, pour laquelle la propriété représente le fondement de l'activité juridique, ainsi que, conjointement, au propriétaire, pour lequel la propriété constitue un droit subjectif. Si la cause de la protection pénale de la propriété réside nécessairement dans la préservation de la société, que celle-ci soit alors perçue en tant qu'entité ou à travers l'un de ses membres, en l'occurrence un propriétaire, l'une de ses conséquences est la défense de la victime que deviendra inéluctablement ce propriétaire, puisque c'est seulement à travers l'un de ses biens que l'atteinte peut se perpétrer. En effet, formellement, toute incrimination contient un élément moral et un élément matériel, ce dernier se composant de la rencontre entre une atteinte, définie avec précision, et le substratum de l'intérêt considéré. Or, pour la propriété, le substrat en question est un bien, dont rien n'impose, dans la plupart des textes pénaux, qu'il soit entendu restrictivement. Seule la recherche d'un degré de spécialisation supplémentaire le justifierait, comme c'est le cas actuellement, par exemple, en matière de contrefaçon, dont le domaine a été volontairement cantonné aux œuvres de l'esprit. En revanche, bien qu'il ne s'agisse que d'une clause de style, certains textes d'incrimination exigent, en sus de ce qui précède, la démonstration d'un préjudice, sans doute dans le but de compenser le caractère éthéré de certains objets. Dans une optique similaire, des incriminations ont parfois recours à des faits juridiques inconstants, dont la réalisation matérielle n'apparaît pas absolument nécessaire à la constitution de l'infraction, si la situation concernée par le texte a pu se mettre en place malgré leur absence. C'est le cas, essentiellement, de la remise dans le cadre de l'abus de confiance.

917 Au stade de l'infraction contre la propriété, soit une fois que le bien a subi le dommage causé par l'atteinte telle qu'elle était prévue par le texte d'incrimination, un préjudice est ressenti automatiquement par la société et par le propriétaire. En effet, alors que celle-là est ébranlée par la lésion manifeste de la légalité que constitue l'infraction et, la plupart du temps, par la production du trouble social redouté lors de l'incrimination, celui-ci souffre du grave irrespect

de sa volonté de maître exclusif de la chose, que représente également le délit. A cela, il s'ajoute parfois le préjudice enduré par les différents titulaires d'un droit direct sur la chose, c'est-à-dire d'un droit réel, que, à raison de sa causalité certaine avec l'infraction, le droit pénal n'ignore pas non plus.

918 Au stade du procès, enfin, il appert que, en raison de la situation qui vient d'être exposée, le système pénal a dû concéder au propriétaire des pouvoirs de nature répressive, principalement celui de concourir au déclenchement de l'action publique. Parallèlement, le Ministère public, titulaire naturel de ces prérogatives, va pour sa part disposer de la possibilité d'orienter la répression soit objectivement, soit subjectivement, c'est-à-dire de faire prévaloir un ordre public abstrait, de principe, ou un ordre public plus concret, en faveur de la personne. Le juge pénal, en agréant l'une et l'autre de ces orientations, ne semble alors faire qu'entretenir, d'une part, le réalisme de la répression et, d'autre part, le caractère directif de l'ordre public pénal en matière de propriété.

919 Il ne reste qu'à ajouter que, à notre sens, chaque infraction dont la répression s'opère selon un schéma exactement analogue constitue, techniquement, une appropriation frauduleuse et, corrélativement, que chaque objet d'une telle atteinte représente un bien. C'est le cas, notamment, des atteintes pénales portées à la personnalité.

920 VERS UN APPROFONDISSEMENT DES APPROCHES CONJUGUEES D'UN INTERET COMMUN ; VERS D'AUTRES APPROCHES PENALES SPECIALES DE LA PROPRIETE ? – En mettant en valeur l'apport du droit pénal de la propriété à la théorie générale des biens, la considération du droit de la répression envers les objets incorporels a surtout, au final, conduit, de façon extrinsèque et ponctuelle, à repenser les relations entretenues par le droit pénal avec les autres branches du droit. Il paraîtrait alors de bon aloi, désormais, d'entreprendre une étude intrinsèque et générale de ces rapports, ce qui permettrait, au surplus, de consolider le constat de la profonde originalité du droit pénal.

921 Cette approche générale pourrait être complétée par différentes approches spéciales, qui se situeraient, par exemple, dans la continuité de celles qui ont mené à la reconnaissance du rôle joué par la propriété dans la protection du secret de la correspondance et du dossier pénal⁶.

⁶ A propos du secret des correspondances, v. V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, coll. IDA, PUAM, 1999 ; à propos du dossier pénal, v. C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2007.

Pourquoi ne pas, en effet, à l'incitation d'une partie de la doctrine civiliste⁷, analyser la protection pénale des droits de la personnalité sous l'angle de leur appropriation ?

⁷ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n^{os} 257 et s., p. 217 et s. ; *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n^o 8, p. 30 et s.

Annexes

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX

- Droit pénal :

CARBASSE (J.-M.)

Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006 (2^{ème} éd.).

CHAUVEAU (A.), HELIE (F.),

Théorie du Code pénal, t. VI, Ed. E. Legrand, 1840.

CONTE (P.),

Droit pénal spécial, Litec, 2007 (3^{ème} éd.).

CONTE (P.), MAISTRE DU CHAMBON (P.),

Droit pénal général, coll. Université, Sirey, 2008 (7^{ème} éd.).

Procédure pénale, coll. U, A. Colin, 2002 (4^{ème} éd.).

DECOCQ (A.),

Droit pénal général, coll. U, A. Colin, 1971.

DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.),

Droit pénal des affaires, coll. Thémis, PUF, 2000 (4^{ème} éd.).

DOUCET (J.-P.),

Le droit criminel, la protection de la personne humaine, Ed. Gaz. Pal., 1999 (3^{ème} éd.).

DREYER (E.),

Droit pénal spécial, coll. Cours magistral, Ellipses, 2008.

GARRAUD (R.),

Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, Sirey, 1913 (3^{ème} éd.).

Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. IV, Sirey, 1935 (3^{ème} éd.).

Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. VI, Sirey, 1935 (3^{ème} éd.).

GARÇON, (E.),

Code pénal annoté, t. I, Sirey, 1901-1906.

GUINCHARD (S.), BUISSON (J.),

Procédure pénale, Litec, 2008 (4^{ème} éd.).

HELIE (F.),

Traité de l'instruction criminelle, t. I, H. Plon, 1866 (2^{ème} éd.).

HUET (A.), KOERING-JOULIN (R.),

Droit pénal international, coll. Thémis, PUF, 2005 (3^{ème} éd.).

JEANDIDIER (W.),

Droit pénal général, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 1991 (2^{ème} éd.).

Droit pénal des affaires, coll. Précis, Dalloz, 2005 (6^{ème} éd.).

JOUSSE (D.),

Traité de la justice criminelle de France, 1771.

LARGUIER (J.), CONTE (P.),

Droit pénal des affaires, coll. U, A. Colin, 2004 (11^{ème} éd.).

LARGUIER (J.), CONTE (P.), LARGUIER (A.-M.),

Droit pénal spécial, coll. Mémentos, Dalloz, ...

LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), SALOMON (R.),

Droit pénal des affaires, Litec, 2008.

VON LISZT (F.),

Traité de droit pénal allemand, t. II, partie spéciale, Ed. V. Giard et E. Brière, 1913 (texte de la 17^{ème} éd. de 1908, traduite par R. LOBSTEIN).

LOMBOIS (C.),

Droit pénal général, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 1994.

Droit pénal international, Dalloz, coll. Précis, 1979 (2^{ème} éd.).

MALABAT (V.),

Droit pénal spécial, coll. Hyper cours, Dalloz, 2009 (4^{ème} éd.).

MAYAUD (Y.),

Droit pénal général, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (2^{ème} éd.).

MERLE (R.), VITU (A.),

Traité de droit criminel, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle et Droit pénal général*, Cujas, 1997 (7^{ème} éd.).

Traité de droit criminel, t. II, *Procédure pénale*, Cujas, 2001 (5^{ème} éd.).

MUYART DE VOUGLANS (M.),

Les loix criminelles dans leur ordre naturel, 1780.

ORTOLAN (J.-E.),

Eléments de droit pénal, Plon Frères, 1855.

PRADEL (J.),

Droit pénal général, Cujas, 2006 (16^{ème} éd.).

PUECH (M.),

Droit pénal général, Litec, 1988.

RASSAT (M.-L.),

Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, coll. Précis, Dalloz, 2006 (5^{ème} éd.).

ROBERT (J.-H.),

Droit pénal général, coll. Thémis, PUF, 2005 (6^{ème} éd.).

ROBERT (J.-H.), MATSOPOULOU (H.),

Traité de droit pénal des affaires, coll. Dr. fondamental, PUF, 2004.

SEGONDS (M.),

Droit pénal général, coll. Tout le droit, Ellipses, 2004.

VERGES (E.),

Procédure pénale, coll. Objectif Droit, Litec, 2007 (2^{ème} éd.).

VITU (A.)

Droit pénal spécial, t. I et II, Cujas, 1982.

VOUIN (R.),

Droit pénal spécial, coll. Précis, Dalloz, 1953 (1^{ère} éd.).

Droit pénal spécial, t. I, coll. Précis, Dalloz, 1971 (3^{ème} éd.).

○ Droit privé :

ATIAS (C.),

Les biens, Litec, 2007 (9^{ème} éd.).

AUBERT (J.-L.),

Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, coll. Université, Sirey, 2006 (11^{ème} éd.).

AUBRY (C.-M.), RAU (C.-F.),

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. II, Librairie générale de jurisprudence, 1869-1875 (4^{ème} éd.).

AUBRY (C.-M.), RAU (C.-F.), BARTIN (E.-A.),

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. XII, Juris-Classeurs, 1922 (5^{ème} éd.).

BERGEL (J.-L.),

Théorie générale du droit, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2003 (4^{ème} éd.).

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.),

Les biens, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, LGDJ, 2000.

BEUDANT (L.-C.-A.), BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), LAGARDE (P.), PERROT (R.),

Cours de droit civil français, t. IX, Ed. Arthur Rousseau, 1953 (2^{ème} éd.).

CARBONNIER (J.),

Introduction au droit civil, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 27^{ème} éd. refondue, 2002).

Les biens, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 19^{ème} éd. refondue, 2000).

Les obligations, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 22^{ème} éd. refondue, 2000).

Les personnes, coll. Quadrige, PUF, 2004 (texte de la 21^{ème} éd. refondue, 2000).

CORNU (G.),

Introduction au droit, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.).

Les biens, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.).

Les personnes, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (13^{ème} éd.).

CORNU (G.), FOYER (J.),

Procédure civile, coll. Thémis, PUF, 1996 (3^{ème} éd.).

DEMOLOMBE (C.),

Traité de la distinction des biens, t. I, Durand-Hachette, 1866 (3^{ème} éd.).

DIDIER (P.),

Droit commercial, t. 3, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, coll. Thémis, PUF, 1999.

DREYER (E.),

Responsabilités civile et pénale des médias, coll. Responsabilités et assurances, Litec, 2008 (2^{ème} éd.).

J. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),

Les obligations, v. II, *le fait juridique*, coll. Université, Sirey, 2007 (12^{ème} éd.).

GAUTIER (P.-Y.),

Propriété littéraire et artistique, coll. Dr. fondamental, PUF, 2007 (6^{ème} éd.).

GENY (F.),

Science et technique en droit privé positif, t. I., Sirey, 1924.

GIRARD (P.-F.),

Manuel élémentaire de droit romain, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2003 (texte de la 8^{ème} éd. de 1929, revue et mise à jour par F. SENN).

HALPERIN (J.-L.),

Histoire du droit des biens, coll. Corpus Histoire du droit, Economica, 2008.

HERON (J.), LE BARS (T.),

Droit judiciaire privé, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2006 (3^{ème} éd.).

LINANT DE BELLEFONDS (X.), HOLLANDE (A.),

Droit de l'informatique, Ed. J. Delmas-Masson, 1984.

LOCRE (J.-G.),

La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français, t. XIV, Treuttel et Würtz, 1827-1832.

LUCAS (A.), DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.),

Droit de l'informatique et de l'Internet, coll. Thémis, PUF, 2001.

MALAURIE (P.), AYNES (L.),

Les biens, coll. Dr. civil, Defrénois, 2007 (3^{ème} éd.).

MASSE (G.), VERGE (Ch.),

Le droit civil français par K.-S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et rétabli dans l'ordre du Code Napoléon, t. II, Ed. A. Durand, 1855.

MAYER (P.), HEUZE (V.),

Droit international privé, coll. Domat dr. privé, Montchrestien, 2007 (9^{ème} éd.).

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.),

Leçons de droit civil, t. II-1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998 (9^{ème} éd.).

Leçons de droit civil, t. II-2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 1994 (8^{ème} éd.).

MERLE (P.), FAUCHON (A.),

Droit commercial, sociétés commerciales, coll. Précis, Dalloz, 2008 (12^{ème} éd.).

MONIER (R.),

Manuel élémentaire de droit romain, t. I, coll. Domat, Montchrestien, 1941 (3^{ème} éd.).

OURLIAC (P.), DE MALAFOSSE (J.),

Droit romain et ancien droit, t. II, *Les biens*, coll. Thémis, PUF, 1961.

PATAULT (A.-M.),

Introduction historique au droit des biens, coll. Dr. fondamental, PUF, 1989.

POTHIER (R.-J.),

Coutumes d'Orléans (in Œuvres de Pothier, M. Siffrein, t. XVI), 1740-1760.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.),

Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, coll. Thémis, PUF, 2007 (4^{ème} éd.).

TERRE (F.), SIMLER (P.),

Les biens, coll. Précis, Dalloz, 2006 (7^{ème} éd.).

TROLLER (K.),

Manuel du droit suisse des biens immatériels, t. I, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1996 (2^{ème} éd.).

VINEY (G.),

Introduction à la responsabilité, in Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2008 (3^{ème} éd.).

VINEY (G.), JOURDAIN (P.),

Les conditions de la responsabilité, in Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2006 (3^{ème} éd.).

VOIRIN (P.), GOUBEAUX (G.),

Droit civil, t. I, Personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés, LGDJ, 2007 (31^{ème} éd.).

ZENATI (F.), REVET (T.),

Les biens, coll. Dr. fondamental, PUF, 1997 (2^{ème} éd.).

ZÉNATI-CASTAING (F.), REVET (T.),

Manuel de droit des personnes, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006.

Les biens, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.).

● Droit public :

DE TARDE (G.),

Précis de droit administratif, 1921.

HAURIOU (M.),

Principes de droit public, Sirey, 1910.

○ Fonds commun :

ALLAND (D.), RIALS (S.),

Dictionnaire de la culture juridique, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003.

CORNU (G.),

Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, coll. Quadrige, PUF, 2007 (8^{ème} éd.).

GAÏUS,

Institutes.

HAMMOURABI,

Code de Hammourabi (traduction de L.-W. King, 1910).

JUSTINIEN,

Digeste.

LALANDE (A.),

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, coll. Quadrige, PUF, 2002.

DICTIONNAIRES : de l'Académie française, Gaffiot, le Petit Larousse, Littré et Le Grand Robert.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

● Droit pénal :

AUBY (G.),

La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 10, LGDJ, 1971.

AUGER (D.),

Droit de propriété et droit pénal, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2005.

BADINTER (R.),

Projet de nouveau Code pénal, Dalloz, 1988.

BECCARIA (C.),

Des délits et des peines, GF, Flammarion, 1991 (texte de 1764).

BELLAMY (J.),

Le préjudice dans l'infraction pénale, thèse, Nancy, 1937.

BONFILS (P.),

L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution, PUAM, 2000.

BOTTON (A.),

Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, thèse, Toulouse I, 2008.

CASTELLA (C.),

Souveraineté de l'Etat et pouvoir de punir, thèse, Toulouse I, 2009.

CHILSTEIN (D.),

Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 24, Dalloz, 2003.

CONTE (P.),

L'apparence en matière pénale, thèse, Grenoble, 1984.

CORLAY (P.),

La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession, LGDJ, 1978.

DANA (A.-C.),

Essai sur la notion d'infraction pénale, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 23, LGDJ, 1982.

DENIS (J.-B.),

La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial, Bibl. de sciences criminelles, t. 21, LGDJ, 1977.

DONNEDIEU DE VABRES (H.),

Les principes modernes du droit pénal international (Sirey, 1928), coll. Les Introuvables, Ed. Panthéon-Assas, 2004.

Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, Sirey, 1943.

DUMONDEL (C.),

Rapport de stage à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication, Toulouse I, 2007.

EYRIGNAC (L.),

La protection pénale du patrimoine de la société, coll. des thèses, vol. 12, Fondation Varenne, LGDJ, 2007.

GUINCHARD (A.),

Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 38, LGDJ, 2003.

DE JACOBET DE NOMBEL (C.),

Théorie générale des circonstances aggravantes, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 55, Dalloz, 2006.

LEDAN (S.),

Le droit pénal et les mouvements de capitaux, thèse, Toulouse I, 2005.

LUCAS DE LEYSSAC (M.-P.),

Décision de justice civile et répression pénale, thèse, Paris II, 1975.

MARECHAL (J.-Y.),

Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003.

MAYAUD (Y.),

Le mensonge en droit pénal, coll. Droit-Economie-Gestion, t. 4, L'Hermès, 1979.

MOUYSET (O.),

Contribution à l'étude de la pénalisation, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 43, LGDJ, 2008.

OLLARD (R.),

La protection pénale du patrimoine, thèse, Bordeaux IV, 2008.

PAILLARD (B.),

La fonction réparatrice de la répression pénale, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 42, LGDJ, 2007.

PELTIER (V.),

Le secret des correspondances, coll. IDA, PUAM, 1999.

PIN (X.),

Le consentement en matière pénale, coll. Bibl. de sciences criminelles, t. 36, LGDJ, 2002.

REBUT (D.),

L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, thèse, Lyon III, 1993.

RIBEYRE (C.),

La communication du dossier pénal, coll. CRMP F. Boulan, PUAM, 2007.

ROLAND (P.),

Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution au problème de l'autonomie du droit pénal, thèse, Lyon, 1958 ; publiée partiellement in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques* de Lyon II, LGDJ, 1972, t. II, p. 13.

SAMET (C.),

La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du Parlement de Paris au cours du XVIII^e siècle, Travaux et recherches de l'Université de Paris, PUF, 1989.

SANCHEZ (M.),

La notion de préjudice en droit pénal, mémoire de DEA, Toulouse I, 2000.

THELLIER DE PONCHEVILLE (B.),

La condition préalable de l'infraction, thèse, Lyon III, 2006.

THYRAUD (J.),

Rapport n° 3 sur la proposition de loi relative à la fraude informatique (1987-1988), fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 oct. 1987.

○ Droit privé :

AUDIC (O.),

Les fonctions du document en droit privé, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 3, LGDJ, 2004.

D'AVOUT (L.),

Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006.

BARUCHEL (N.),

La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 410, 2004.

BAYER (E.),

Les choses humaines, thèse, Toulouse I, 2003.

BEAUSSIRE (E.),

Les principes du droit, coll. Bibl. de philosophie contemporaine, Ed. F. Alcan, 1888.

BECQUET (S.),

Le bien industriel, coll. Bibl. dr. privé, t. 448, LGDJ, 2005.

BEIGNIER (B.),

L'honneur et le droit, coll. Bibl. dr. privé, t. 234, LGDJ, 1995.

BELLIVIER (F.),

Le patrimoine génétique humain, étude juridique, thèse, Paris I, 1997.

BENARD (C.-M),

Les limites de la personnalité morale et son application en droit français, thèse, Toulouse I, 2003.

BERLIOZ (P.),

La notion de bien, coll. Bibl. dr. privé, t. 489, LGDJ, 2007.

BINDING (K.),

Normen und ihre Ubertretung, t. I, Leipzig, 1872 (1^{ère} éd.).

BLOCH (C.),

La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 71, Dalloz, 2008.

CARBONNIER (J.),

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 2001 (10^{ème} éd.).

CARNELUTTI (F.),

Teoria generale del diritto, Rome, 1951 (2^{ème} éd.).

CATALA (P.),

Le droit à l'épreuve du numérique, coll. *Jus ex Machina*, Droit, éthique, société, PUF, 1998.

CAUSSE (H.),

Les titres négociables, essai sur le contrat négociable, coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 29, Litec, 1993.

CHARDEAUX (M.-A.),

Les choses communes, coll. Bibl. dr. privé, t. 464, LGDJ, 2006.

CORNU (G.),

L'art du droit en quête de sagesse, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998.

CROCQ (P.),

Propriété et garantie, coll. Bibl. dr. privé, t. 248, LGDJ, 1995.

DABIN (J.),

La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Sirey, 1935.

DEMOGUE (R.),

Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, Ed. A. Rousseau, 1911.

DESPAX (M.),

L'entreprise et le droit, coll. Bibl. dr. privé, t. 1, LGDJ, 1957.

DEVEZE (J.),

Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, thèse, Toulouse I, 1980.

DREYER (E.),

Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information, coll. Bibl. dr. privé, t. 391, LGDJ, 2003.

FROMION-HEBRARD (B.),

Essai sur le patrimoine en droit privé, thèse, Paris II, 1998

GALLOUX (J.-C.),

Essai de définition d'un statut pour le matériel génétique, thèse, Bordeaux I, 1988.

GARY (R.),

Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, thèse, Bordeaux, 1931.

GAZIN (H.),

Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse, Dijon, Ed. A. Rousseau, 1910.

GENY (F.),

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I, coll. Reprint, LGDJ, 1996 (texte de la 2nde éd., 1919).

Science et technique en droit privé positif, t. III, Sirey, 1921.

GINOSSAR (S.),

Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960.

GUILLEMAIN (C.),

Le trouble en droit privé, PUAM, 2000.

GUINCHARD (S.),

L'affectation des biens en droit privé français, coll. Bibl. dr. privé, t. 145, LGDJ, 1976

HIEZ (D.),

Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, coll. Bibl. dr. privé, t. 399, LGDJ, 2003.

VON JHERING (R.),

Esprit du droit romain, t. III, Marescq, 1891.

JOLY-PASSANT (E.),

L'écrit confronté aux nouvelles technologies, coll. Bibl. dr. privé, t. 465, LGDJ, 2006.

LAURIOL (M.),

La subrogation réelle, coll. Bibl. de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, Sirey, 1954.

LE TOURNEAU (P.),

La règle " Nemo auditur ", coll. Bibl. dr. privé, t. 108, LGDJ, 1970.

Le parasitisme, Litec, coll. Responsabilités, 1998.

LEVY (E.),

La vision socialiste du droit, coll. Internationale des Juristes Populaires, Ed. Marcel Giard, III, 1926.

LIBCHABER (R.),

Recherches sur la monnaie en droit privé, coll. Bibl. dr. privé, t. 225, LGDJ, 1992.

LINANT DE BELLEFONDS (X.),

L'informatique et le droit, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1998 (4^{ème} éd.).

LOTTI (B.),

Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, thèse, Paris XI, 1999.

MACCIONI (H.),

L'image de marque : étude juridique de la notoriété commerciale, coll. Dr. poche, Economica, 1995.

MAYER (P.),

La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, coll. Bibl. de DIP, Dalloz, 1973.

MICHOUD (L.),

La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 1906.

MOTULSKY (H.),

Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, réed. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2002 (texte de 1948).

OPPETIT (B.),

Droit et modernité, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998.

PARANCE (B.),

La possession des biens incorporels, coll. Bibl. de l'Institut A. Tunc, t. 15, LGDJ, 2008.

PASSA (J.),

Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, coll. Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, 1997.

PAVIA (M.-L.), REVET (T.),

La dignité de la personne humaine, coll. Etudes juridiques, vol. 7, Economica, 1999 .

PELISSIER (A.),

Possession et meubles incorporels, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 8, Dalloz, 2001.

PORTALIS (J.-E.-M.),

Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, 1844, Paris.

PROUDHON (J.-B.-V.),

Traité du domaine de la propriété, Dijon, 1839.

PROUDHON (P.-J.),

Deuxième mémoire sur la propriété, in *Œuvres complètes*, t. XI, Ed. Rivière, 1935 (texte de 1840).

PUECH (M.),

L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, coll. Bibl. dr. privé, t. 129, LGDJ, 1973.

QUIEVY (J.-F.),

Anthropologie juridique de la personne morale, coll. Bibl. dr. privé, t. 510, LGDJ, 2009.

REJET (T.),

La force de travail (étude juridique), coll. Bibl. dr. de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992.

RIPERT (G.),

De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Paris, 1902.

Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951 (2^{ème} éd.).

Les forces créatrices du droit, coll. Reprint, LGDJ, 1994 (texte de la 2nde éd., 1955).

SAVATIER (R.),

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 3^{ème} série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959.

Le droit comptable au service de l'homme, réed. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1969).

TERCIER (P.),

Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Ed. Université de Fribourg, 1971.

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.),

L'unité du patrimoine, essai critique, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007.

TRICOIRE (E.),

L'extracommercialité, thèse, Toulouse I, 2002.

VILLEY (M.),

Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, 2002 (2^{ème} éd.).

ZATTARA (A.-F.),

La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, coll. Bibl. dr. privé, t. 351, LGDJ, 2001.

ZENATI (F.),

Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif, thèse, Lyon, 1981.

● Droit public :

BIOY (X.),

Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux, coll. Nouvelle bibl. de thèses, vol. 22, Dalloz, 2003.

BONNARD (R.),

Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé, réed. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1934).

○ Fonds commun :

ARISTOTE,

Ethique à Eudème.

BLOCH (M.),

La société féodale, réed. coll. Bibl. de l'Evolution de l'humanité, Albin Michel, 1994 (texte de 1939).

CICERON (M.-T.),

De inventione, Paris, Garnier, 1932.

DE CONDILLAC (E.-B.),

Traité des systèmes, in *Œuvres complètes de Condillac*, t. II, Lecoq et Durey, Tourneux, Paris, 1822.

DURKHEIM (E.),

Leçons de sociologie, coll. Quadrige, PUF, 1997 (3^{ème} éd.).

GOLDFINGER (C.),

L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel, Odile Jacob, 1994.

HEGEL (G.-W.-F.),

Principes de la philosophie du droit, coll. GF, Flammarion, 1999 (texte de 1821).

HOBBS (T.),

Le Léviathan, 1651.

KANT (E.),

Fondements de la métaphysique des mœurs, coll. Bibl. des Textes Philosophiques, Ed. Vrin, 1980.

LAVELLE (L.),

Traité des valeurs, t. I, PUF, 1991 (2^{ème} éd.).

LAVOISIER (A.),

Traité élémentaire de chimie, t. I, Cuchet, 1789.

LOCKE (J.),

Traité du gouvernement civil, Ed. C. Volland, 1802 (texte de 1690).

Second Traité du gouvernement civil, 1690.

MARX (K.),

Le Capital, Livre I, coll. Champs, Flammarion, 1985 (texte de 1867).

PASCAL (B.),

Pensées, t. I, Ed. A.-A. Renouard, 1812 (texte de 1670).

ROUSSEAU (J.-J.),

Du contrat social, in *Œuvres politiques*, coll. Classiques Garnier, Bordas, 1989 (texte de 1762).

SENEQUE

Lettres à Lucilius (traduites par J. BAILLARD).

SMITH (A.),

Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776.

TIMSIT (G.),

Les noms de la loi, coll. Les voies du droit, PUF, 1991.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

- Droit pénal :

ALT-MAES (F.),

« L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 347.

AUDIER (J.),

« Le " biais " de la peine justifiée », *Rev. sc. crim.*, 1978, p. 553.

BARLOW (D.),

« La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux », *JCP E.*, 2007, 2330.

BATTAGLINI (G.),

« La distinzione dei reati in materiali e formali à ragion d'essere ? », *Reviste penale*, 1925, vol. CII, n° 6, p. 316.

BEAUSSONIE (G.),

« La protection pénale de la propriété sur l'information », *Dr. pén.*, 2008, étude n° 19.

« Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 361 et s.

BONFILS (P.),

V^{is} Partie civile, in *Rép. pén.* Dalloz, 2005.

« L'action civile en droit pénal des affaires », *Dr. et patr.*, juin 2006, p. 82.

« La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179.

BOULOC (B.),

« Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.*, 1995, p. 301.

CHASSAING (J.-F.),

« L'Internet et le droit pénal », *D.*, 1996, chron. p. 329.

CIOLINO-BERG (D.),

« Vol d'informations sur l'Internet », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. n° 28.

CONTE (P.),

« Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis : matière à commentaires », in *Le discours et le code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 29.

« Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 141.

« Les trajectoires du droit pénal depuis 1975 », n° HS : *Les trajectoires du droit, RJ com.*, 2006, p. 193.

CORLAY (P.),

« Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol », *JCP G.*, 1984, I, 3160.

COUSIN-HOUPPE (M.-S.),

« Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens (Vol – Abus de confiance – Escroquerie) », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 779.

CULIOLI (M.),

« Le recel commis par le passager connaissant la provenance frauduleuse du véhicule utilisé », *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 81.

DEBOVE (F.),

« Information mal acquise ne profite jamais », *Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24, p. 4.

DEKEUWER (A.),

« Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E.*, 1995, I, 500.

DELMAS-MARTY (M.),

« Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.*, 1986, chron. p. 27.

DEVEZE (J.),

« Le vol de " biens informatiques " », *JCP G.*, 1985, I, 3210.

Art. 323-1 à 323-7, « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », in *J.-Cl. Pénal Code*.

« A propos de l'évolution des " délits contre les biens " », *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 359.

DONNEDIEU DE VABRES (H.),

« Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux », *RID pén.*, 1950, p. 518.

DOUCET (J.-P.),

« La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.*, 28 déc. 1972, 2, doct. p. 726.

GASSIN (R.),

« La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », *Mélanges J. Le Bret*, PUF, 1968, p. 85.

« La protection pénale d'une nouvelle " universalité de fait " en droit français : les systèmes de traitement automatisé de données », *D.*, 1989, act. lég., p. 5.

V^{is} Fraude informatique, in *Rép. pén.* Dalloz, 1995.

GODON (L.),

« Abus de confiance et abus de biens sociaux », *Rev. soc.*, 1997, p. 289.

GOUTAL (J.-L.),

« L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, 1980, p. 911.

HALPERIN (J.-L.),

« De quelques apports de la jurisprudence pénale à l'évolution du droit civil français », *Juges et criminels : études en hommage à R. Martinage*, Ed. Hellemmes, 2001, p. 411.

HUET (A.),

« Le droit pénal international et Internet », *LPA*, 10 nov. 1999, n° 224, p. 39.

JACOPIN (S.),

« Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pén.*, 2001, chron. n° 16.

JEANDIDIER (W.)

Art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, « Interprétation de la loi pénale », in *J.-Cl. Pénal Code*.

Art. 311-1 à 311-16, fasc. 20, « Vol », in *J.-Cl. Pénal Code*.

Art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, « Abus de confiance », in *J.-Cl. Pénal Code*.

V° Sociétés, fasc. 95, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », in *J.-Cl. Pénal Annexes*.

KOERING-JOULIN (R.), HUET (A.),

V^{is} Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, fasc. 403-10, in *J.-Cl. Droit international*.

DE LAMY (B.),

« Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », *D.*, 2005, juris. p. 411.

« Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité », *D.*, 2009, chron. p. 177.

LANTHIEZ (M.-L.),

« Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.*, 2005, chron. p. 464.

LEAUTE (J.),

« Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243.

« Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1966, p. 225.

LEGEAIS (R.),

« L'évolution des solutions françaises de conflits de loi en matière pénale », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 545.

LE GUNEHEC (F.),

« Premier aperçu des dispositions pénales de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants », *JCP G.*, 1996, I, 27.

LESEC (Y.),

Art. 113-1 à 113-12, fasc. 10, « Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République », in *J.-Cl. Pénal Code*.

LOMBOIS (C.),

« La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, p. 81.

LUCAS DE LEYSSAC (M.-P.),

« Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.*, 1985, chron. p. 43.

« L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 507.

MAISTRE DU CHAMBON (P.),

« L'abus de biens sociaux », *Dr. pén.*, 2000, hors-série déc., comm. n° 2.
V° Recel, Rép. pén. Dalloz, 2009.

MALABAT (V.),

V° Faux, in Rép. pén. Dalloz, 2004.

MANACORDA (S.),

« Criminalité économique et contexte international », *in Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, t. IV, Ed. M.S.H., 1996, p. 8.

MASCALA (C.),

« Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.*, 2004, pt de vue, p. 3050.

MASSE (M.),

« Le droit pénal spécial né de l'informatique », *in Informatique et droit pénal*, Travaux de l'ISC de Poitiers, v. IV, Cujas, 1983, p. 21.

« Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 395.

MAYAUD (Y.),

« *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.*, 1983, p. 597.

« Des risques causés à autrui. Applications et implications ou de la naissance d'une jurisprudence », *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 575.

« Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », *in Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 475.

« La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 807.

MERLIN (P.-A.),

V^{is} Nature et caractère du vol, Répertoire Guyot, 1785.

MULLER (Y.),

« La protection pénale de la relation de confiance : le délit d'abus de confiance », *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 809.

PAGEAUD (P.-A.),

« L'intention de la victime comme critère de la notion de soustraction en matière de vol », *JCP*, 1955, I, 1256.

DE POULPIQUET (J.),

« Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 37.

RASSAT (M.-L.),

Art. 313-1 à 313-3, fasc. 20, « Escroquerie », in *J.-Cl. Pénal Code*.

« La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 12.

REBUT (D.),

« L'abus de biens sociaux par abstention », *D.*, 2005, chron. p. 1290.

« Incompatibilité absolue de l'abus de confiance et de la remise de la propriété », *D.*, 2008, juris. p. 958.

« Le principe de la légalité des délits et des peines », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), p. 571.

ROBERT (J.-H.),

« L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 269.

ROMAN (P.),

Art. 441-1 à 441-12, fasc. 10, « Faux », in *J.-Cl. Pénal Code*.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), DE LAMY (B.),

« Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999) », *D.*, 2000, chron. p. 181.

ROUSSEL (P.),

« L'influence de l'informatique sur l'administration de la preuve pénale », *Comm. com. électr.*, 2005, étude n° 43.

ROZES (L.),

« L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 603.

SANCHEZ (M.),

« Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 9 mai 2008 », *Dr. pén.*, 2008, étude n° 12.

SEUVIC (J.-F.),

« Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 339.

SPITERI (P.),

« L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.*, 1966, p. 497.

SOUWEINE (C.),

« Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 303.

THIERRY (J.-B.),

« L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 59.

VEAUX (D.),

« Vol et transfert de propriété », *Mélanges P. Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 351.

VERDIER (J.-M.),

« La réparation du dommage matériel en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, études de droit criminel sous la direction de G. Stefani*, Dalloz, 1956, p. 352.

VERMELLE (G.),

« L'immatériel et la répression », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 213.

VERON (M.),

« L'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps », *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1153.

VIDAL (J.),

« Observations sur la nature juridique de l'action civile », *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 481.

VOUIN (R.),

« Le recel et la détention de la chose », *D.*, 1972, chron. p. 281.

○ Droit privé :

ALT-MAES (F.),

« Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention », *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 33.

ANCEL (B.),

Art. 900-2 à 900-8, « Donations et testaments. – Révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités », in *J.-Cl. Civil Code*.

ANDRE (C.),

« La cohérence de la notion de produit », *RRJ*, 2003-2, p. 751.

BELLIVIER (F.),

« Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série*, n° 1, PUS, 1997.

CAPITANT (H.),

« Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.*, 1919, p. 385.

CARON (C.),

« Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G.*, 2004, I, 162.

CATALA (P.),

« La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, p. 185.

« Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron. p. 97 ; reproduit in *Le droit à l'épreuve du numérique*, coll. Jus ex machina, PUF, 1998, chap. 13, p. 224.

« La " propriété " de l'information », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 ; reproduit in *Le droit à l'épreuve du numérique*, coll. Jus ex machina, PUF, 1998, chap. 14, p. 245.

« Exposé de synthèse », *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{èmes} Journées R. Savatier, PUF, 1991, p. 181.

« Le marché de l'information (aspects juridiques) », *LPA*, 16 oct. 1995, n° 124, p. 5.

« Au-delà du droit d'auteur », *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p. 215 ; reproduit in *Le droit à l'épreuve du numérique*, coll. Jus ex machina, PUF, 1998, chap. 17, p. 305.

« L'immatériel et la propriété », *Arch. ph. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 61.

« La matière et l'énergie », *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 557.

Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005.

CHILSTEIN (D.),

« Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.*, 2006, p. 663.

COHEN (D.),

« La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), p. 463.

COHET-CORDEY (F.),

« La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.*, 1996, p. 819.

CORNU (G.),

« Les définitions dans la loi », *Mélanges J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 ; reproduit in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, chap. 21, p. 258.

DABIN (J.),

« Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.*, 1962, p. 20 et s.

DALLOZ (D.),

V^{ts} Propriété littéraire, in *Dalloz jur. gén.*, 1857.

DANJAUME (G.),

« La responsabilité du fait de l'information », *JCP G.*, 1996, I, 3895.

DARAGON (E.),

« Etude sur le statut juridique de l'information », *D.*, 1998, chron. p. 63.

DECOOPMAN (N.),

« La notion de mise à disposition », *RTD civ.*, 1981, p. 300.

DEMOGUE (R.),

« Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. crit.*, 1901, p. 236.

DERRIDA (F.),

« La dématérialisation du droit de rétention », *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177.

DESJEUX (X.),

« Quelle protection juridique pour le modèle " fonctionnel " ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1981, 1, doct. p. 297.

DREYER (E.),

« La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, chron. p. 2730.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

« L'immatériel à travers la virtualité », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 139.

FUZIER-HERMAN (E.),

V^o Biens, in *Répertoire général du droit français*, t. VIII.

GALLOUX (J.-C.),

« Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, chron. p. 229.

GOUBEAUX (G.),

« Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *Mélanges R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199.

GOUTAY (P.),

« La notion de valeur mobilière », *D.*, 1999, chron. p. 226.

GUTMANN (D.),

« Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », in *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 65.

GUYON (Y.),

« Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », *Rev. soc.*, 1984, p. 451.

JOSSERAND (L.),

« Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95.

KUHN (C.),

« Une fiducie française », *Dr. et patr.*, avr. 2007, p. 32.

LE CANNU (P.),

« L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », *Bull. Joly*, avr. 1993, § 113, p. 395.

LE STANC (C.),

« La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des " créations réservées " », *D.*, 1993, chron. p. 4.

LE TOURNEAU (P.),

« Variations autour de la protection du logiciel », *Gaz. Pal.*, 6 juill. 1982, 2, p. 370.

« La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.*, 1988, p. 505.

« Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, chron. p. 310.

« Folles idées sur les idées », in *Comm. com. électr.*, 2001, chron. n° 4.

LE TOURNEAU (P.), KRAJESKI (D.),

V^{as} Contrat « *intuitu personae* », fasc. 200, in *J.-Cl. Contrats-Distribution*.

LIBCHABER (R.),

« Le dépôt d'instruments financiers », *Dr. et patr.*, mai 2000, n° 82, p. 89.

V^o Biens, in *Rép. civ. Dalloz*, 2002.

« La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297.

« La propriété, droit fondamental », *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), p. 663.

LOISEAU (G.),

« Pour un droit des choses », *D.*, 2006, chron. p. 3015.

LOMBOIS (C.),

« La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, 4^{èmes} Journées R. Savatier, PUF, 1994, p. 57.

LUCAS (A.),

« La responsabilité du fait des choses immatérielles », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 817.

LUCAS (F.-X.),

« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly*, août-sept. 2000, p. 765.

MACKAAY (E.),

« La propriété est-elle en voie d'extinction ? », *Nouvelles technologies et propriété*, coll. Thémis, PUF, 1991, p. 217.

MALaurIE (P.),

V^o Cause, in *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadriga, Lamy-PUF, 2003.

MALLET-POUJOL (N.),

« Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, chron. p. 330.

MARTIN (D.-R.),

« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, chron. p. 47.

« De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.*, 1998, p. 15.

« Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.*, 2001, p. 1228.

« Du corporel », *D.*, 2004, p. 2285.

« La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2005, p. 1702.

MEVORACH (M.-N.),

« Le patrimoine », *RTD civ.*, 1936, p. 811.

MEYNIAL (E.),

« Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *Mélanges H. Fitting*, t. II, Montpellier, 1907-1908, p. 409.

MOTULSKY (H.),

« Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. phil. dr.*, 1964, t. 9, *Le droit subjectif en question*, p. 215.

MOUSSERON (J.-M.),

« Valeurs, biens, droits », *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (T.),

« De la propriété comme modèle », *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

NEIRINCK (C.),

« La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Mélanges C. Bolze*, *Economica*, 1999, p. 39.

OPPETIT (B.),

« La notion de valeur mobilière », in *L'Europe et le droit des valeurs mobilières*, *Banque et droit*, n° spécial, 1991, p. 4.

« La découverte du sens en droit positif », *La découverte du sens en droit*, F. Steiner, 1992, p. 61 ; reproduit in *Droit et modernité*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, p. 129.

« Les incertaines frontières de l'illicite », *L'illicite dans le commerce international*, Colloque CREDIMI, Litec, 1997, p. 14 ; reproduit in *Droit et modernité*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, p. 13.

PASSA (J.),

« La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.*, mars 2001, p. 64.

PIEDELIEVRE (A.),

« Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. Techniques, 1986, p. 55.

PISANI (C.),

« La fiducie », in *Deffrénois*, 1990, n° 34772.

PLANIOL (M.),

« Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit.*, 1905, p. 283.

RAMPELBERG (R.-M.),

« Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 35.

RAYNARD (J.),

« Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *Mélanges J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527.

RAYNOUARD (A.),

« Les caractères généraux des biens incorporels », *La propriété au service du développement économique*, colloque des 15-16 nov. 2004, Shanghai, publié sur le site du Centre sino-français de Formation et d'Echanges notariaux et juridiques à Shanghai (*cnfr-notaire.org*).

REJET (T.),

« Les nouveaux biens », Rapport français, *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, p. 271.

« Le Code civil et le régime des biens : questions pour le bicentenaire », *Dr. et patr.*, mars 2004, p. 20.

SAVATIER (R.),

« Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.*, 1958, p. 1.

« Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.*, 1958, p. 331.

SERIAUX (A.),

« La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*, 1994, p. 801.

V° Patrimoine, Rép. civ. Dalloz, 2002.

SIMLER (P.),

Art. 2288 à 2320, fasc. 10, « Cautionnement. – Définition, critère distinctif et caractères », in *J.-Cl. Civil Code*.

STRICKLER (Y.),

« La mort des actions possessoires », *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 823.

TERRE (F.),

« Variations de sociologie juridique sur les biens », *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 17.

THOMAS (Y.),

« Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Arch. phil. dr.*, 1980, t. 25, p. 413.

TRICOIRE (E.),

« La responsabilité du fait des choses immatérielles », *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 983.

VAN DEN BULCK (P.), VERBIEST (T.),

« Jeux vidéo : synthèse d'un cadre juridique naissant », *JCP G.*, 2007, I, 100.

DE VAREILLES-SOMMIERES (M.),

« La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, p. 443.

VERBAERE (C.),

« Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ*, 1999-3, p. 685.

VILLEY (M.),

« Préface historique », *Arch. phil. dr.*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses en droit*, p. 1.

« Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif », *RHD*, 1946, p. 201 ; reproduit in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002 (2^{ème} éd.), chap. VIII, p. 167.

VIVANT (M.),

« A propos des " biens informationnels " », *JCP*, 1984, I, 3132.

VOIRIN (P.),

« La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102.

WESTRUP (C.-W.),

« Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, p. 223 ; reproduit en monographie : Sirey, 1933.

WICKER (G.),

V^o Fiction, in *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003.

ZÉNATI (F.),

« Sur la constitution de la propriété », *D.*, 1985, chron. p. 171.

« Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305.

« L'immatériel et les choses », *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, p. 79.

« La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 605.

« Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 2003, p. 667.

ZENATI-CASTAING (F.),

« La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 575, 15 avr. 2003.

« La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

● Droit public :

ROUX (A.),

« L'institution », in *Le Conseil constitutionnel*, coll. Les études, La documentation française, 2007, p. 33.

SIORAT (L.),

« La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP*, 1958, p. 866.

○ Fonds commun :

BERTHIER (D.),

V^o Virtuel, *Dictionnaire international des termes littéraires*, Ed. Grassin, 2005.

« Qu'est-ce que le virtuel ? », *La Jaune et la Rouge*, juin 2007.

GRANAROLO (P.),

« Dans le corps l'univers », *Le corps* (dir. E. Detape), Ed. Bréal, 1992.

SOREAU (A.),

« Suppression de données sur un ordinateur : voyage au pays des palimpsestes informatiques », *Expert. syst. inf.*, 2002, n° 263, p. 334.

VITALI ROSATI (M.),

« La virtualité d'internet, une tentative d'éclaircissement terminologique », *in Sens public*, 2009/04.

IV. JURISPRUDENCE

PREMIERE PARTIE

LA RECEPTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE

Titre I – Une réception autorisée

Chapitre 1 – La réception par l'élément légal

Section I. La dématérialisation accueillie par la loi

CJCE, « *Procédures pénales c. X.* », 12 déc. 1996, aff. C-74/95

CJCE, « *Rechnungshof* », 20 mai 2003, aff. C-465/00

Cour EDH, « *Sunday Times c. Royaume-Uni* », 26 avr. 1979

Cour EDH, « *Pine Valley developments Ltd et autres c. Irlande* », 29 nov. 1991

Cour EDH, « *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 20 nov. 1995

Cour EDH, « *Fressoz et Roire c. France* », 24 janv. 1999

Cour EDH, « *Baranowski c. Pologne* », 28 mars 2000

Cour EDH, « *Kopecky c. Slovaquie* », 28 sept. 2004

Cour EDH, « *Maurice c. France* », 6 oct. 2005

Cour EDH, « *Draon c. France* », 6 oct. 2005

Cour EDH, « *Aon conseil et courtage S.A. et autre c. France* », 25 janv. 2007

Cons. const., déc. des 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC

Cons. const., déc. du 30 juill. 1982, n° 82-143 DC

Cons. const., déc. du 16 déc. 1999, n° 99-421 DC

Cass. req., 23 févr. 1891, *DP*, 1891, 1, p. 337 ; *S.*, 1892, 1, p. 73

Cass. req., 2 mars 1892, *S.*, 1892, 1, p. 497

Cass. civ., 22 nov. 1911, *DP*, 1913, 1, p. 83 ; *S.*, 1912, 1, p. 5

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1983, *Bull. civ. I*, n° 208

Cass. civ., 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 31

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2008, *Bull. civ. I*, n° 190

Cass. com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n° 95

Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 163

Cass. com., 6 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *D.*, 2003, juris. p. 2228, note G. Loiseau ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. n° 70, obs. Ch. Caron ; *JCP G.*, 2003, II, 10169, note E. Tricoire

Cass. com., 28 nov. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 235

Cass. com., 29 janv. 2008, inédit, pourvoi n° 05-20195

Cass. com., 24 juin 2008, *Bull. civ. IV*, n° 129 ; *JCP E.*, 2008, 2466, note Cl-A. Maetz

Cass. com., 10 févr. 2009, publié, pourvoi n° 07-21806

Cass. crim., 17 oct. 1806, *Bull. crim.*, n° 158

Cass. crim., 25 févr. 1897, *S.*, 1898, 1, p. 201, note J.-A. Roux

Cass. crim., 3 oct. 1914, *Bull. crim.*, n° 148

Cass. crim., 5 nov. 1963, *Bull. crim.*, n° 307

Cass. crim., 16 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 16

Cass. crim., 11 févr. 1964, *Bull. crim.*, n° 46

Cass. crim., 8 mars 1967, *Bull. crim.*, n° 94

Cass. crim., 13 avr. 1967, *Bull. crim.*, n° 119

Cass. crim., 3 nov. 1967, *Bull. crim.*, n° 283

Cass. crim., 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, n° 321

Cass. crim., 25 juin 1969, *Bull. crim.*, n° 212

Cass. crim., 19 oct. 1971, *Bull. crim.*, n° 272

Cass. crim., 15 mars 1972, *Bull. crim.*, n° 107

Cass. crim., 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 197

Cass. crim., 27 nov. 1978, *Bull. crim.*, n° 329

Cass. crim., 17 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 351

Cass. crim., 10 août 1981, *Bull. crim.*, n° 244

Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233

Cass. crim., 8 févr. 1988, inédit, pourvoi n° 87-80507

Cass. crim., 16 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 17

Cass. crim., 18 janv. 1989, inédit, pourvoi n° 88-81713

Cass. crim., 5 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 233

Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 56

Cass. crim., 30 sept. 1991, inédit, pourvoi n° 90-83965

Cass. crim., 27 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 439

Cass. crim., 9 nov. 1992, *Bull. crim.*, n° 361

Cass. crim., 14 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 208

Cass. crim. 26 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 206

Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165

Cass. crim., 26 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 233

Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 324

Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96

Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224

Cass. crim., 20 mars 1997, inédit, pourvoi n° 96-81361

Cass. crim., 5 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 159

Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 168

Cass. crim., 15 mai 1997, inédit, pourvoi n° 96-80399

Cass. crim., 7 oct. 1998, *Bull. crim.*, n° 248

Cass. crim., 26 nov. 1998, *Bull. crim.*, n° 319

Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338

Cass. crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 164

Cass. crim., 18 sept. 2001, inédit titré, pourvoi n° 01-81177

Cass. crim., 28 janv. 2004, inédit, pourvoi n° 02-88094

Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.*, n° 25

Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 113

Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 117

Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126 ; *v. D.*, 2004, somm. p. 2748 et s., note B. de Lamy ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. Malabat

Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218 ; *D.*, 2005, juris. p. 411 et s., note B. de Lamy ; *RTD civ.*,

2005, p. 164 et s., obs. Th. Revet ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. Malabat ; *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 852 et s., obs. R. Ottenhof ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 179, obs. M. Véron
 Cass. crim., 20 avr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-86195
 Cass. crim., 16 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 05-81185
 Cass. crim., 14 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 178
 Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n° 28
 Cass. crim., 14 févr. 2007, inédit, pourvoi n° 06-86721
 Cass. crim., 3 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81001

Cass. crim., 4 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-84002 ; *D.*, 2008, juris. p. 2213 et s., note S. Détraz ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. n° 25, obs. J. Huet ; *Dr. pén.*, 2008, chron. n° 10, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », n°s 22-23, obs. A. Lepage

Cass. crim., 28 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-81434

CA Paris, 12 janv. 1990, *Dr. pén.*, 1990, comm. n° 271, note J.-H. Robert

CA Paris, 26 oct. 1999, *JurisData* n° 107064

CA Paris, 11 sept. 2001, *JurisData* n° 152004

Section II. La détermination accueillie par la jurisprudence

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 144
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 283
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 192
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 119

Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1992, *Bull. civ. III*, n° 9
 Cass. civ. 3^{ème}, 13 oct. 1999, inédit, pourvoi n° 97-16614

Cass. com., 18 janv. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 19
 Cass. com., 12 mars 1985, *Bull. civ. IV*, n° 95
 Cass. com., 21 avr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 168
 Cass. com., 21 nov. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 266
 Cass. com., 22 oct. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 149
 Cass. com., 6 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 69
 Cass. com., 28 sept. 2004, inédit, pourvoi n° 03-14055
 Cass. com. 7 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 62

Cass. crim., 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148
 Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*, 1913, 1, p. 337, note J.-A. Roux
 Cass. crim., 30 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 381
 Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340

Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111
 Cass. crim., 12 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 430
 Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 142
 Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224
 Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336
 Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338 ; *D.*, 2001, juris. p. 1423 et s., note B. de Lamy ; *RTD civ.*, 2001, p. 912 et s., obs. Th. Revet ; *Rev. pénit.*, 2005, p. 239 et s., obs. V. Malabat ; *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 385 et s., obs. R. Ottenhof ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 28, obs. M. Véron
 Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 125
 Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126
 Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218
 Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 248 ; *D.*, 2005, juris. p. 411, obs. B. de Lamy
 Cass. crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 190
 Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 220
 Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi n° 08-84107
 Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi n° 08-85400

CA Paris, 24 juin 1987, *D.*, 1988, somm. p. 226,
obs. T. Hassler

CA Toulouse, 25 nov. 1999, *JurisData* n° 104647 ;
CJAMP, 2000-3, n° 5680, p. 525

TGI Paris, 1^{ère} ch., 27 févr. 1991 ; *JCP G.*, 1992,
II, 21809, note Ph. le Tourneau

Chapitre 2 – La réception par l'élément matériel

Section I. La dématérialisation dès l'amont de l'atteinte à la propriété

Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1991, *Bull. civ.* III, n° 115
Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2002, *Bull. civ.* III, n° 261 ;
RTD civ., 2003, p. 319, obs. Th. Revet ; *D.*, 2003,
juris. p. 963, note Ph. Delebecque

Cass. com., 3 oct. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 381
Cass. com., 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 156
Cass. com., 23 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 20
Cass. com., 15 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 60
Cass. com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 62
Cass. com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 267

Cass. crim., 18 nov. 1837, *Bull. crim.*, n° 405
Cass. crim., 17 août 1843 ; *S.*, 1844, 1, p. 82
Cass. crim., 10 août 1850 ; *S.*, 1850, 1, p. 695
Cass. crim., 11 mai 1934, *Bull. crim.*, n° 95
Cass. crim., 5 mars 1941, *Bull. crim.*, n° 13
Cass. crim., 19 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 853
Cass. crim., 23 oct. 1958, *Bull. crim.*, n° 650
Cass. crim., 19 févr. 1959, *Bull. crim.*, n° 123 ; *D.*,
1959, juris. p. 331, note G. Roujou de Boubée
Cass. crim., 28 oct. 1959, *D.*, 1960, juris. p. 314,
note A. Chavanne
Cass. crim., 12 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 161
Cass. crim., 10 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 108
Cass. crim. 15 mai 1968, *Bull. crim.*, n° 155
Cass. crim., 13 avr. 1971, *Bull. crim.*, n° 155
Cass. crim. 20 mars 1973, *Bull. crim.*, n° 139
Cass. crim., 4 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 146

Cass. crim., 14 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 197
Cass. crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 13
Cass. crim., 7 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 265
Cass. crim., 9 mars 1983, *Bull. crim.*, n° 76 ; *D.*,
1984, juris. p. 209, note J. Devèze
Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233
Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP*
G., 1988, II, 20913, note J. Devèze
Cass. crim., 19 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 353
Cass. crim., 18 janv. 1988, *Bull. crim.*, n° 22
Cass. crim., 11 juin 1990, *Bull. crim.*, n° 238
Cass. crim., 12 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 430
Cass. crim., 13 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 435
Cass. crim., 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 106
Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 234
Cass. crim., 8 févr. 1993, *Bull. crim.*, n° 65
Cass. crim., 7 juin 1994, inédit, pourvoi n° 93-
81442
Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165
Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224
Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 90
Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336
Cass. crim., 1^{er} mars 2000, *Bull. crim.*, n° 97
Cass. crim., 6 sept. 2000, inédit, pourvoi
n° 99-87552
Cass. crim., 18 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 00-
82132
Cass. crim., 14 novembre 2000, *Bull. crim.*, n° 338
Cass. crim., 3 déc. 2003, *Bull. crim.*, n° 232

Cass. crim., 4 mai 2004, inédit, pourvoi n° 03-85692

Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126

Cass. crim., 30 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 178

Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218

Cass. crim., 26 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 29

Cass. crim., 8 nov. 2006, *Bull. crim.*, n° 280

Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n° 48

Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 194

Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, inédit, pourvoi n° 07-84839

Cass. soc., 24 oct. 2006, *Bull. civ.* V, n° 316

CA Limoges, 8 sept. 1998 ; *Dr. pén.*, 1999, chron. n° 24, p. 4, par Fr. Debove

CA Montpellier, 13 mai 1998, *JurisData* n° 034538

CA Montpellier, 10 nov. 1998, *JurisData* n° 034889

CA Toulouse, 25 nov. 1999, *JurisData* n° 104647 ; *CJAMP*, 2000-3, n° 5680, p. 525

TGI Paris, 16 déc. 1997 ; *Gaz. Pal.*, 29-30 juill. 1998, somm. p. 433, obs. C. Rojinsky

Section II. La dématérialisation jusqu'en aval de l'atteinte à la propriété

Cass. crim., 12 avr. 1850, *D.*, 1850, 1, p. 142

Cass. crim., 17 févr. 1953, *Bull. crim.*, n° 57

Cass. crim., 14 oct. 1969, *Bull. crim.*, n° 248

Cass. crim., 9 juill. 1970, *Bull. crim.*, n° 236

Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 220

Cass. crim., 3 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 265

Cass. crim., 9 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 170

Cass. crim., 7 nov. 1974, *Bull. crim.*, n° 323

Cass. crim., 17 juill. 1976, *Bull. crim.*, n° 255

Cass. crim., 31 mai 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, somm. p. 150

Cass. crim., 3 mai 1982, *Bull. crim.*, n° 110

Cass. crim., 1^{er} oct. 1986, *Bull. crim.*, n° 262

Cass. crim., 18 janv. 1988, *Bull. crim.*, n° 22

Cass. crim., 14 févr. 1991, *Bull. crim.*, n° 74

Cass. crim., 13 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 200

Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 142

Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 324

Cass. crim., 26 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 328

Cass. crim., 7 déc. 1995, *Bull. crim.*, n° 375

Cass. crim., 30 nov. 1999, *Bull. crim.*, n° 282

Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 149

Cass. crim., 25 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-86182

Cass. crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 12

Cass. crim., 28 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 23

Cass. crim., 5 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 110

Cass. crim., 10 mai 2005, *Bull. crim.*, n° 145 ; *JCP G.*, 2005, II, 10162, note M. Daury-Fauveau

Cass. crim., 10 mai 2005, inédit, pourvoi n° 04-85743

Cass. crim., 14 déc. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80751

Cass. crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 183

Cass. crim., 20 juin 2006, inédit, pourvoi n° 05-86491

Cass. crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 157 ; *Rev. pénit.*, 2008, p. 113, obs. J.-Ch. Saint-Pau

Cass. crim., 24 sept. 2008, inédit, pourvoi n° 08-80113

CA Paris, 13 févr. 1990, *JurisData* n° 022903

CA Paris, 16 juin 1999, *D.*, 2000, juris. p. 167, note Ch. Bigot

CA Paris, 14 mars 2001, *JurisData* n° 146098 ; *D.*, 2002, somm. p. 1797, obs. B. de Lamy

CA Toulouse, 25 nov. 1999, *JurisData* n° 104647 ;
CJAMP, 2000-3, n° 5680, p. 525

CA Toulouse, 16 janv. 2007, *JurisData* n° 324190 ;
CJAMP, 2007-1, To. 656, p. 185

Trib. correc. Le Mans, 16 févr. 1998, *JCP G.*,
1999, II, 10011, note J. Frayssinet ; *D.*, 2001,
somm. p. 1423, obs. B. de Lamy

Trib. correc. Paris, 17^e Ch., 10 sept. 1998 ; *JCP G.*,
1999, II, 10188, réquisitoire de V. Lesclous et
note de E. Derieux

TGI Paris, 12^e ch., 1^{er} juin 2007 ; *Comm. com. électr.*,
2008, comm. n° 46, note E.-A. Caprioli

Titre II – Une réception aboutie

Chapitre 1 – La réception malgré la valorisation

Section I. La prise en compte pénale de la valeur comme un bien autonome

Cour EDH, « *Van Marle et autres c. Pays-Bas* »,
26 juin 1986

Cour EDH, « *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 28 oct. 1995

Cour EDH, « *Öneriyildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004

Cour EDH, « *Maurice c. France* », 6 oct. 2005

Cour EDH, « *Draon c. France* », 6 oct. 2005

Cons. const., déc. du 2 févr. 1995, n° 95-360 DC

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, *Bull. civ. I*, n° 118 ;
RTD civ., 1992, p. 791, obs. Fr. Zénati

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 160 ; *RTD civ.*,
1999, p. 868, obs. Fr. Zénati

Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 315 ;
RTD civ., 1999, p. 422, obs. Fr. Zénati ; *D.*, 1999,
juris. p. 167, note L. Aynès

Cass. civ. 1^{ère} 7 févr. 1989, *Bull. civ. I*, n° 57

Cass. civ. 3^{ème}, 12 oct. 1994, *Bull. civ. III*, n° 180 ;
RTD civ., 1995, p. 651-652, obs. Fr. Zénati

Cass. com., 6 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 69

Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 147 ;
RTD civ., 2004, p. 117, note Th. Revet ; *LPA*,

28 mai 2004, n° 107, p. 13, note E. Tricoire

Cass. com., 24 juin 2008, *Bull. civ. IV*, n° 129

Cass. crim., 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148

Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, 1, p. 439 ; *S.*,
1913, 1, p. 337, note J.-A. Roux

Cass. crim., 3 août 1935 ; *D.*, 1937, 1, p. 94, note
G. Leloir

Cass. crim., 7 mars 1956, *Bull. crim.*, n° 232

Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403

Cass. crim., 4 avr. 1962, *Bull. crim.*, n° 163

Cass. crim., 11 févr. 1964, *Bull. crim.*, n° 46

Cass. crim., 25 janv. 1967, *Bull. crim.*, n° 39

Cass. crim., 4 janv. 1968, *Bull. crim.*, n° 1

Cass. crim., 25 juin 1969, *Bull. crim.*, n° 212

Cass. crim., 2 juin 1970, *Bull. crim.*, n° 178

Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 220

Cass. crim., 3 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 265

Cass. crim., 2 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 139

Cass. crim., 31 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 189

Cass. crim., 30 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 381

Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 81

- Cass. crim., 17 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 351
 Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340
 Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP*, 1988, 20913, note J. Devèze
 Cass. crim., 28 janv. 1991, *Bull. crim.*, n° 42
 Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 341
 Cass. crim., 25 oct. 1995, inédit, pourvoi n° 94-85729
 Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224 ; *RJDA*, 1996, p. 728, concl. J.-P. Dintilhac ; *RTD civ.*, 1998, p. 137, obs. Fr. Zénati ; *LPA*, 18 nov. 1996, n° 139, p. 7, note Ch. Lassalas
 Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336
 Cass. crim., 5 mai 1999, inédit, pourvoi n° 98-82043
 Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338
 Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218
 Cass. crim., 2 nov. 2005, *Bull. crim.*, n° 273
 Cass. crim., 3 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80979
 Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 220
 Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n° 48
 Cass. crim., 29 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 98
 Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 194
 Cass. crim., 3 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81001

Section II. La prise en compte pénale de la valeur comme un bien incarné

- Cass. civ.**, 11 août 1880, *Bull. civ.*, n° 165
Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 1960, *Bull. civ. I*, n° 2
 Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 199
Cass. com., 30 nov. 2004, inédit, pourvoi n° 01-16737
Cass. crim., 16 mars 1923, *D.*, 1924, I, 136
 Cass. crim., 4 mars 1935
 Cass. crim., 23 déc. 1957, *Bull. crim.*, n° 880
 Cass. crim., 10 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 108
 Cass. crim., 27 avr. 1966, *D.*, 1966, juris. p. 489
 Cass. crim., 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, n° 321
 Cass. crim., 15 déc. 1970, *Bull. crim.*, n° 337
 Cass. crim., 2 avr. 1974, *Bull. crim.*, n° 139
 Cass. crim., 11 oct. 1978, *Bull. crim.*, n° 270
 Cass. crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 13
 Cass. crim., 12 déc. 1984, *Bull. crim.*, n° 403
 Cass. crim., 20 févr. 1986, *Bull. crim.*, n° 70
 Cass. crim., 29 avr. 1986, *Bull. crim.*, n° 148
 Cass. crim., 12 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 14
 Cass. crim., 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.*, n° 100
 Cass. crim., 28 mars 1990, inédit, pourvoi n° 89-84469
 Cass. crim., 3 mars 1992, inédit, pourvoi n° 90-82964
 Cass. crim., 19 janv. 1994, inédit, pourvoi n° 93-80633
 Cass. crim., 5 juin 1996, *Bull. crim.*, n° 239
 Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.*, n° 336
 Cass. crim., 16 mars 1999, inédit, pourvoi n° 97-85054
 Cass. crim., 14 mars 2000, inédit, pourvoi n° 99-84917
 Cass. crim., 24 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 99-80666
 Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318 ; *D.*, 2001, juris. p. 1052, note Th. Garé
 Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338
 Cass. crim., 21 mars 2001, inédit, pourvoi n° 00-81164
 Cass. crim., 24 avr. 2001, *Bull. crim.*, n° 98
 Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 132
 Cass. crim., 17 déc. 2002, *Bull. crim.*, n° 233
 Cass. crim., 17 déc. 2002, *Bull. crim.*, n° 234

Cass. crim., 9 sept. 2003, inédit, pourvoi n° 02-87098

Cass. crim., 3 mars 2004, inédit, pourvoi n° 03-82300

Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 113

Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 117

Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 125

Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126

Cass. crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 173

Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218

Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 5

Cass. crim., 15 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-81923

Cass. crim., 30 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-84042

Cass. crim., 13 avr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-86099

Cass. crim., 10 mai 2005, *Bull. crim.*, n° 145

Cass. crim., 7 juill. 2005, *Bull. crim.*, n° 206

Cass. crim., 3 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80979

Cass. crim., 26 avr. 2006, inédit, pourvoi n° 05-83564

Cass. crim., 3 oct. 2006, inédit, pourvoi n° 05-86718

Cass. crim., 4 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-84002

Cass. crim., 9 juin 2009, publiée, pourvoi n° 08-86843

Cass. soc., 2 déc. 1998, *Bull. civ. V*, n° 535

Cass. soc., 30 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 187

Cass. soc., 21 déc. 2006, inédit, pourvoi n° 05-41180

CA Limoges, 8 sept. 1998

CA Paris, 18 mai 1988, *D.*, 1990, juris. p. 35, note G. Drouot

CA Paris, 29 mars 1993, *JurisData*, n° 022078

CA Paris, 16 déc. 1999, *JurisData*, n° 117344

Trib. correc. Montbéliard, 28 mai 1978

Chapitre 2 – La réception malgré l’incorporalité

Section I. L’applicabilité de la loi pénale française à l’incorporel : la localisation de l’infraction

Cass. civ. 1^{ère}, 22 déc. 1959, *Bull. civ. I*, n° 556

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 172

Cass. crim., 5 févr. 1857, *S.*, 1857, 1, p. 220

Cass. crim., 5 déc. 1862, *Bull. crim.*, n° 267

Cass. crim., 30 avr. 1908, *S.*, 1908, 1, p. 553, note J.-A. Roux

Cass. crim., 31 août 1911, *Rev. crit. DIP*, 1912, p. 360

Cass. crim., 27 juill. 1933, *DH*, 1933, 1, p. 159

Cass. crim., 29 mars 1962, *Bull. crim.*, n° 153 ; *Rev. sc. crim.*, 1962, p. 746, obs. A. Légal

Cass. crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.*, n° 292

Cass. crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.*, n° 293

Cass. crim., 22 avr. 1966, *Bull. crim.*, n° 121

Cass. crim., 25 janv. 1967, *Bull. crim.*, n° 39

Cass. crim., 25 mai 1967, *Bull. crim.*, n° 164

Cass. crim., 26 mars 1968, *Bull. crim.*, n° 103

Cass. crim., 30 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 180

Cass. crim., 18 août 1973, *Bull. crim.*, n° 339

- Cass. crim., 3 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 157
 Cass. crim., 2 févr. 1977, *Bull. crim.*, n° 41
 Cass. crim., 15 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 352
 Cass. crim., 12 févr. 1979, *Bull. crim.*, n° 60
 Cass. crim., 15 mai 1979, *Bull. crim.*, n° 175
 Cass. crim., 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n° 219
 Cass. crim., 13 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 271
 Cass. crim., 19 avr. 1983, *Bull. crim.*, n° 108
 Cass. crim., 5 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 212
 Cass. crim., 12 mai 1987, inédit, pourvoi n° 85-96418
 Cass. crim., 11 avr. 1988, *Bull. crim.*, n° 144
 Cass. crim., 6 juin 1991, *Bull. crim.*, n° 240
 Cass. crim., 29 mai 1995, inédit titré, pourvoi n° 93-85654
 Cass. crim., 14 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 222
 Cass. crim., 28 nov. 1996, *Bull. crim.*, n° 437
 Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338
 Cass. crim., 10 oct. 2001, inédit, pourvoi n° 01-83433
 Cass. crim., 29 janv. 2002, *Bull. crim.*, n° 13
 Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 5 ; *JCP G.*, 2003, II, 10159, note W. Jeandidier ; *D.*, 2004, somm. p. 310, obs. B. de Lamy
 Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.*, n° 28
 Cass. crim., 10 mai 2007, inédit, pourvoi n° 06-88783
 Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 224 ; *JCP G.*, 2008, II, 10047, note M. Segonds ; *D.*, 2008, juris. p. 1179, note D. Rebut
CA Paris, 28 mars 2007, *JurisData* n° 332254
Trib. corr. Seine, 19 déc. 1956, *JCP*, 1963, IV, n° 144

Section II. L'application de la loi pénale à l'incorporel : la preuve de l'infraction

- Cour EDH**, « *Alenet de Ribemont c. France* », 10 févr. 1995
Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, *Bull. civ. I*, n° 315
Cass. crim., 18 juill. 1963, *Bull. crim.*, n° 262
 Cass. crim., 19 fév. 1964, *Bull. crim.*, n° 60
 Cass. crim., 6 déc. 1973, *Bull. crim.*, n° 455
 Cass. crim., 23 juill. 1974, *Bull. crim.*, n° 263
 Cass. crim., 21 mars 1978, *Bull. crim.*, n° 113
 Cass. crim., 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 113
 Cass. crim., 28 févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 99
 Cass. crim., 4 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 165
 Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96
 Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224
 Cass. crim., 7 oct. 1998, *Bull. crim.*, n° 248
 Cass. crim., 8 déc. 1999, *Bull. crim.*, n° 296
 Cass. crim., 24 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 24
 Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218
CA Douai, 21 mars 2002, *JurisData* n° 177654
CA Paris, 17 oct. 2001, *JurisData* n° 166534
CA Rouen, 30 mars 2000, *JurisData* n° 131340
CA Toulouse, 12 déc. 1895, *D.*, 1897, 2, p. 39

SECONDE PARTIE

LA CONTRIBUTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS A L'ETUDE DES INFRACTIONS
CONTRE LA PROPRIETE

Titre I – L'apport à la détermination de l'effet des infractions contre la propriété

Chapitre 1 – La détermination de l'objet du dommage : le bien

Section I. La protection pénale au-delà du bien : le patrimoine

- Cour EDH**, « *Engel et autres c. Pays-Bas* », 8 juin 1976
- Cour EDH, « *Öztürk c. Allemagne* », 21 févr. 1984
- Cour EDH, « *Kruslin c. France* », 24 avr. 1990
- Cour EDH, « *Huvig c. France* », 24 avr. 1990
- Ass. plén.**, 15 avr. 1988, *Bull. A. P.*, n° 4
- Cass. civ. 1^{ère}**, 7 avr. 1998, *Bull. civ. I*, n° 143
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 315 ; *D.*, 1999, juris. p. 167, note L. Aynès ; *RTD civ.*, 1999, p. 422, obs. Fr. Zénati
- Cass. civ. 3^{ème}**, 29 févr. 1968, *D.*, 1968, p. 454
- Cass. civ. 3^{ème}, 18 janv. 1984, *Bull. civ. III*, n° 16
- Cass. civ. 3^{ème}, 4 mars 1992, *Bull. civ. III*, n° 73
- Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 2007, *Bull. civ. III*, n° 183
- Cass. com.**, 23 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 118
- Cass. com., 12 juill. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 161
- Cass. crim.**, 3 avr. 1903, *Bull. crim.*, n° 148
- Cass. crim., 9 juill. 1953, *D.*, 1953, p. 556
- Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403
- Cass. crim., 12 mars 1958, *Bull. crim.*, n° 253
- Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376
- Cass. crim., 17 oct. 1973, *Bull. crim.*, n° 362
- Cass. crim., 12 oct. 1976, *Bull. crim.*, n° 289
- Cass. crim., 7 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 265
- Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340
- Cass. crim., 30 juin 1991, inédit, pourvoi n° 91-81794
- Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 235
- Cass. crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 124
- Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.*, n° 96
- Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 224
- Cass. crim., 26 sept. 1996, inédit, pourvoi n° 95-82745
- Cass. crim., 22 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 31
- Cass. crim., 23 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 34
- Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318
- Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338
- Cass. crim., 28 févr. 2001, inédit, pourvoi n° 00-83686
- Cass. crim., 10 oct. 2001, *Bull. crim.*, n° 205
- Cass. crim., 26 juin 2002, inédit, pourvoi n° 01-88474
- Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218
- Cass. crim., 30 oct. 2006, *Bull. crim.*, n° 261
- Cass. crim., 14 févr. 2007, *Bull. crim.*, n° 48
- Cass. crim., 5 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 194 ; *Rev. pénit.*, 2007, p. 910, obs. V. Malabat
- Cass. crim., 19 sept. 2007, inédit, pourvoi n° 06-86343

Cass. crim., 14 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-83707 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 65, obs. M. Véron ; *JCP G.*, 2009, 166, note G. Beaussonie

CA Dijon, 12 oct. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 2, p. 961

CA Paris, 18 déc. 1924, *DH*, 1925, p. 30

CA Paris, 12 nov. 1964, *D.*, 1965, p. 415

CA Paris, 24 juin 1965, *JCP*, 1966, II, 14700, note D. Bécourt

Trib. correc. Fort-de-France, 22 sept. 1967, *JCP*, 1968, II, 15583, note P.-G. Biswang

Trib. correc. Nice, 22 déc. 1952, *D.*, 1953, juris. p. 139

Trib. correc. Saint-Gaudens, 12 mars 1981, *D.*, 1983, inf. rap. p. 535, note G. Roujou de Boubée

Section II. La protection pénale au-delà du patrimoine : le bien

Cass. civ., 16 avr. 1860, *S.*, 1860, 1, p. 801

Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *RTD civ.*, 2001, p. 166, obs. Th. Revet ; *Defrénois*, 2001, p. 431, note R. Libchaber ; *JCP G.*, 2001, II, 10452, note F. Violla

Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 149

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 195

Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 2009, *Bull. civ. I*, n° 18

Cass. crim., 9 juill. 1857, *Bull. crim.*, n° 260

Cass. crim., 20 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 233

Cass. crim., 5 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 340

Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338

Cass. crim., 18 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 00-82132

Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318

Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 248

Cass. crim., 13 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 220

Cass. crim., 14 févr. 2007, inédit, pourvoi n° 06-86721

Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 224 ; *supra*, n° 435

Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi, n° 08-84107

Cass. crim., 6 mai 2009, inédit, pourvoi n° 08-85400

Chapitre 2 – La détermination de l'effet du dommage : le préjudice

Section I. La promotion du préjudice en droit pénal substantiel

Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004 ; *RTD civ.*, 2005, p. 422, obs. Th. Revet

Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), *Bull. A. P.*, n° 2

Cass. civ., 12 déc. 1893, *DP*, 1894, 1, p. 241, note L.-C.-A. Beudant

Cass. civ. 2^{ème}, 28 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 222

Cass. crim., 5 nov. 1903, *D.*, 1904, 1, p. 25, note G. Le Poitevin

Cass. crim., 15 avr. 1935, *DH*, 1935, p. 334

Cass. crim., 7 mars 1936, *DH*, 1936, p. 196

Cass. crim., 30 oct. 1936, *DH*, 1936, p. 590
 Cass. crim., 9 févr. 1961, *JCP*, 1961, II, 12004, rapp. R. Combaldieu
 Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376
 Cass. crim., 19 févr. 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, p. 397
 Cass. crim., 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n° 256
 Cass. crim., 16 févr. 1977, *Bull. crim.*, n° 60
 Cass. crim., 5 janv. 1978, *Bull. crim.*, n° 8
 Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 81
 Cass. crim., 20 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 189
 Cass. crim., 5 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 103

Cass. crim., 3 avr. 1991, *Bull. crim.*, n° 155
 Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 234
 Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 340
 Cass. crim., 16 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 191
 Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318
 Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.*, n° 34
 Cass. crim., 11 déc. 2002, *Bull. crim.*, n° 224
 Cass. crim., 5 févr. 2003, *Bull. crim.*, n° 25
 Cass. crim., 2 avr. 2003, *Bull. crim.*, n° 83
 Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218

Trib. civ. Caen, 28 avr. 1929, *La Loi*, 11 oct. 1929

Section II. L'importance du préjudice en droit pénal procédural

Cour EDH, « *Hamer c. France* », 7 août 1996
 Cour EDH, « *Öneriyildiz c. Turquie* », 30, nov. 2004
 Cour EDH, « *Pressos Compagnia Naviera S.A. et autres c. Belgique* », 20 nov. 1995

Ass. plén., 9 mai 2008 (2 arrêts), *Bull. A. P.*, n° 2 ; *Dr. pén.*, 2008, étude n° 12, par M. Sanchez

Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°s 135 et 136 ; *D.*, 1977, juris. p. 185, note M. Contamine-Raynaud

Cass. crim., 16 oct. 1957, *Bull. crim.*, n° 645
 Cass. crim., 8 juill. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 2, p. 227
 Cass. crim., 9 févr. 1961, *JCP*, 1961, II, 12004, rapp. R. Combaldieu
 Cass. crim., 10 oct. 1963, *Bull. crim.*, n° 280
 Cass. crim., 16 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 27
 Cass. crim., 23 avr. 1964, *Bull. crim.*, n° 127
 Cass. crim., 18 déc. 1968, *Bull. crim.*, n° 351
 Cass. crim., 6 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 11
 Cass. crim., 24 avr. 1971, *Bull. crim.*, n° 117
 Cass. crim., 8 juin 1971, *Bull. crim.*, n° 182
 Cass. crim., 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n° 257
 Cass. crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 94

Cass. crim., 19 oct. 1978, *Bull. crim.*, n° 282
 Cass. crim., 16 déc. 1980, *Bull. crim.*, n° 348
 Cass. crim., 4 nov. 1981, *Bull. crim.*, n° 292
 Cass. crim., 19 oct. 1982, *Bull. crim.*, n° 222
 Cass. crim., 24 janv. 1984, *Bull. crim.*, n° 28
 Cass. crim., 5 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 103
 Cass. crim., 9 nov. 1992, *Bull. crim.*, n° 361
 Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 210
 Cass. crim., 11 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 281
 Cass. crim., 11 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 283
 Cass. crim., 12 janv. 1994, *Bull. crim.*, n° 16
 Cass. crim., 27 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 236
 Cass. crim., 9 janv. 1996, inédit, pourvoi n° 95-81596
 Cass. crim., 11 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 16
 Cass. crim., 26 sept. 1996, inédit, pourvoi n° 95-82745
 Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 90
 Cass. crim., 4 déc. 1997, inédit, pourvoi n° 96-85729
 Cass. crim., 8 janv. 1998, *Bull. crim.*, n° 7
 Cass. crim., 18 mai 1998, inédit, pourvoi n° 97-82470
 Cass. crim., 5 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 462
 Cass. crim., 11 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 89

- Cass. crim., 11 mai 1999, inédit, pourvoi n° 97-83264
- Cass. crim., 11 mai 1999, inédit, pourvoi n° 97-84232
- Cass. crim., 27 oct. 1999, *Bull. crim.*, n° 236
- Cass. crim., 29 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 359
- Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 372
- Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 373
- Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.*, n° 378
- Cass. crim., 13 déc. 2000, inédit, pourvoi n° 97-80664
- Cass. crim., 4 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 00-80406
- Cass. crim., 12 sept. 2001, inédit, pourvoi n° 01-80895
- Cass. crim., 5 déc. 2001, inédit, pourvoi n° 01-80065
- Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.*, n° 34
- Cass. crim., 18 sept. 2002, inédit, pourvoi n° 02-81892
- Cass. crim., 5 mars 2003, inédit, pourvoi n° 02-82198
- Cass. crim., 19 mars 2003, inédit, pourvoi n° 02-82328
- Cass. crim., 8 oct. 2003, *Bull. crim.*, n° 184
- Cass. crim., 28 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 18
- Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218
- Cass. crim., 23 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 04-83792
- Cass. crim., 9 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-85825
- Cass. crim., 23 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-84756
- Cass. crim., 28 févr. 2006, *Bull. crim.*, n° 55
- Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n° 27
- Cass. crim., 25 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 220

Titre II – L’apport à la détermination de la cause des incriminations en faveur de la propriété

Chapitre 1 – La condition de la détermination : la rémanence d’un ordre public directif

Section I. Le glissement légal vers un ordre public de protection

Cour EDH, « *Marckx c. Belgique* », 13 juin 1979

Cons. const., déc. du 16 janv. 1982, n° 81-132 DC

Cons. const., déc. du 11 févr. 1982, n° 82-139 DC

Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 165 : *D.*, 2001, juris. p. 2907, note J. Pradel ; juris. p. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP G.*, 2001, II, 10569, rapport P. Sargos, conclusions J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; *Dr. Famille*, 2001, chron. n° 21, par D. Vigneau

Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376

Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174 : *D.*, 1999, juris. p. 710, note D. Vigneau ; *JCP G.*, 2000, II, 10406, note G. Fauré ; *Defrénois*, 15 oct. 1999, n° 19, p. 1048, note Ph. Malaurie ; *Dr. Famille*, 1999, chron. n° 20, par D. Rebut ; *LPA*, 17 nov. 1999, n° 229, p. 15, note Fr. Debove ; *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud

Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318

Section II. La résurgence prétorienne d'un ordre public de direction

Cour EDH, « *Chassagnou et autres c. France* », 29

avr. 1999

Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov.

2004 ; *RTD civ.*, 2005, p. 422, obs. Th. Revet

Cons. const., déc. du 16 janv. 1982, n° 81-132 DC ;

D., 1985, chron. p. 171, par Fr. Zénati

Cons. const., déc. du 25 juill. 1989, n° 89-256 DC

Ass. plén., 7 mai 2004, *Bull. A. P.*, n° 10

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 148

Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, *Bull. civ. II*, n° 112

Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2003, inédit, pourvoi n° 02-

14958 ; *RTD civ.*, 2003, p. 730, obs. Th. Revet

Cass. com., 13 févr. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 38

Cass. com., 30 janv. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 27 ; *JCP*

G., 2001, I, 340, p. 1498, obs. G. Viney

Cass. crim., 30 oct. 1969, *Bull. crim.*, n° 277

Cass. crim., 24 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 371

Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338

Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218

Cass. soc., 27 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 105

T. com. Nanterre, 25 juin 1996, « *Les Tambours c.*

TF1 »

Trib. corr. Seine, 9 mars 1956, *Gaz. Pal.*, 1956, 2,

p. 56

Chapitre 2 – Le sens de la détermination : la promotion de la personne

Section I. La protection de la personne à travers sa propriété

Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov.

2004 ; *RTD civ.*, 2005, p. 422, obs. Th. Revet

Cons. const., déc. du 16 janv. 1982, n° 81-132 DC ;

D., 1985, chron. p. 171, par Fr. Zénati

Cons. const., déc. du 8 janv. 1991, n° 90-283 DC

Cons. const. déc. du 19 janv. 1995, n° 94-359 DC

Cons. const., déc. du 9 avr. 1996, n° 96-373 DC

Cons. const., déc. du 29 déc. 1999, n° 99-425 DC

Cons. const., déc. du 27 juill. 2006, n° 2006-540

DC

Cass. crim., 14 nov. 2000, *Bull. crim.*, n° 338

Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126

Cass. crim., 22 sept. 2004, *Bull. crim.*, n° 218

Section II. La protection de la société à travers la personne

Section ne contenant pas de jurisprudence.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de biens sociaux

- biens sociaux : v. bien
- crédit social : 94-96
- incrimination : 88 et s.
- pouvoir social : 97
- prescription de l'action publique (point de départ) : 102
- usage (notion) : 98-101
- voix sociales : 97

Abus de confiance

- détournement : v. détournement
- incrimination : 16, 26, 181 et s.
- remise : 181 et s.

Accession : v. acquisition.

Acquisition (de la propriété)

- accession : 109, 383
- création : 41-42, 204-205, 642
- occupation : 388, 487, 494
- possession : 127, 131, 208, 487, 496, 653, 874
- prescription : 345, 208

Actes préparatoires : v. tentative

Actif : 103, 104, 263, 303

Action

- civile : 757 et s.
- possessoire : v. possession

Actions : 69, 76, 79 et s., 263, 780

Anthropomorphisme : 72, 862

Association : 72-73, 145-147, 678, 773

Atteinte (concept) : 694-695

Autonomie (du droit pénal) : v. droit pénal

Autorité de la chose jugée (positive) : 827-829

Autorité parentale : 708

B

Banqueroute : 46, 104, 444, 669-673, 783-784

Bien

- définition : 13 et s., 121 et s.
- épistémologie : 121 et s.
- immatériel (notion) : v. incorporel
- immeuble : 113, 127, 154, 226, 317, 378, 492, 628 et s., 643
- incorporel (notion) : 32 et s.
- information : v. information
- inné : 331, 495, 498, 667-668
- meuble : 37, 79, 125, 317, 401, 404-406, 487, 518, 576, 664
- notion civile : 123 et s., 136 et s., 849
- notion pénale : 13 et s., 140 et s.
- personnel : v. droits de la personnalité
- servant : 408 et s.
- social : 103 et s.
- subjectif : 876 et s.

Blanchiment : 285 et s., 594

C

Charge (notion) : v. donation avec charge

Chose

- d'autrui : v. vol.
- notion : 124 et s., 148 et s.

Clientèle

- civile : 139, 666, 672
- commerciale : 104, 130, 669 et s.

Commencement d'exécution : v. tentative

Concurrence déloyale : 137, 673, 824-826

Condition préalable : 24-27, 474-476

Connexion Internet : 37, 144, 199-202, 214, 247, 399, 460, 852

Conseil constitutionnel : 18, 63, 112, 813, 835, 837, 848, 851, 883

Contrat social : 882, 885-886

Contrefaçon : 10, 54, 478, 907, 916

Convention/Cour européenne des droits de l'homme : 14, 18, 63, 93, 112, 327, 484, 578, 638, 766, 808, 835, 850-851

Créance : 43, 76, 81 et s., 93, 327, 339, 409, 490, 679 et s., 765-766, 774, 780-781

Création : v. acquisition

D

Délit d'initié : 105-108

Délit obstacle : v. infraction

Dématérialisation

- définition : 3, 77
- loi de 1981 : 80-83, 323

Dénonciation calomnieuse : 750

Destruction, dégradation, détérioration : 10, 581

Détention

- notion : 186-188, 270
- précaire : 97, 176, 182-185, 203-209, 390, 598, 604, 769 et s.

Détournement : 98 et s., 217 et s.

Diffamation : 448

Dignité (de la personne humaine) : 840 et s.

Diplôme universitaire : 198

Discontinuité de la loi pénale (principe) : v. loi pénale.

Document (notion) : 273 et s.

Domicile : 637

Domage : 553-554

Donation avec charge : 608-612

Dossier pénal : 511

Droit de participer au procès pénal : 733 et s.

Droit pénal

- autonomie : 830 et s.
- des sociétés : 64 et s.
- éthique : 858
- international : 429 et s.
- normatif : 63, 700, 749, 819 et s.
- originalité : 830 et s.
- sanctionneur : 11, 67, 817, 822

Droit personnel : v. créance

Droit réel : 134, 249, 610-612, 737, 773, 807, 900, 917

Droit subjectif : 15, 667, 708 et s., 810 et s., 864

Droits de la personnalité : 667-668

E

Effet

- constitutif de l'infraction : 446 et s.
- dommage : v. dommage
- préjudice : v. préjudice

Employé/employeur : 41, 144, 145-146, 198, 199 et s., 203 et s., 276 et s., 332, 356, 390 et s., 412, 674 et s., 785 et s., 829, 852

Escroquerie

- incrimination : 211 et s.
- manœuvres frauduleuses : 211-123, 630
- remise : 211 et s.

Espérance légitime : 93, 327, 765 et s., 850

Ethique : v. droit pénal

Exhaustivité de l'incrimination : v. loi pénale

Expressif : v. loi pénale

Extracommercialité : 645 et s.

Extrapatrimonialité : 645 et s.

F

Fait

- constitutif de l'infraction : 438 et s.
- juridique : 26, 178 et s., 208, 432, 527, 553, 761-763
- principal punissable : 439

Faux : 526 et s., 705-706

Fiction : 401 et s.

Fiducie : 593 et s.

Force de travail : 674 et s.

H

Honneur : 448, 749, 860

I

Illicéité : 701 et s.

Immatérialité, immatériel (notion) : 32 et s.

Immeuble : v. bien

Immunité familiale : 860

Incorporalité, incorporel (notion) :

v. immatérialité, immatériel

Incrimination (notion) : 15 et s.

Indivision : 183-185, 487, 599

Information

- bien : 40, 384 et s.
- personnelle : v. droits de la personnalité
- recel : 265-266
- vol : 384 et s.

Informatique : 40, 398 et s., 449 et s., 462 et s., 520 et s.

Infraction

- clandestine : v. infraction occulte
- de conséquence : 257 et s.
- fait juridique : 432, 470, 527, 761-763
- formelle : 449 et s., 699-700
- matérielle : 449 et s., 699-700
- notion : 23 et s.
- obstacle : 449 et s., 699-700
- occulte : 102, 396
- de résultat : 702, 714

Instrumentum : 193

Intellectuel (notion) : v. immatérialité, immatériel

Intérêt

- à agir : 733 et s.
- protégé : 15 et s., 798 et s.
- substantiel : 849 et s.

Interprétation de la loi pénale

- surinterprétation : v. surinterprétation
- stricte : 117-120
- téléologique : 117-120

J

Juge pénal : 818 et s.

Jus in re : 6, 133 et s., 758

L

Lettre missive : 159, 330, 338, 383, 647, 872

Liberté

- civile : 885
- pénale : 885

Localisation (de l'infraction) : 429 et s.

Loi pénale

- fonction expressive : 63
- interprétation : v. interprétation
- principe de discontinuité : 173
- principe d'exhaustivité : 712
- principe de légalité : 18, 21, 58, 111-112, 156-157, 173, 233, 236, 445, 533, 650, 808, 822, 858, 904
- principe de spécialité : 18, 27, 112-113, 650

M

Meuble : v. bien.

Mobilisation : 401 et s.

Monnaie : 69, 318, 324, 398, 410 et s., 621-622, 640, 680, 860

N

Negotium : 193

Nom : 94-96, 139, 332-333, 666

Normatif : v. droit pénal

Numéro :

- de carte de crédit : 1, 140 et s., 196 et s., 248 et s., 281, 384, 412 et s., 456, 466, 513, 853
- de carte Pastel : 142, 196, 281

O

Occupation : v. acquisition

Opportunité des poursuites : 533

Ordre public

- de direction : 815 et s.
- de protection : 815-816
- en faveur de la personne : 840 et s.

Originalité

- du droit pénal : v. droit pénal.
- du bien : 37, 249 et s., 383, 495, 499, 824 et s.

P

Parasitisme : 137, 673, 824-826

Participation au procès pénal : v. droit de participer au procès pénal

Patrimoine : 563 et s.

Personnalité

- humaine : 854 et s.
- juridique : 861 et s.

Personne

- humaine : 854 et s.
- juridique : 861 et s.
- morale : 70 et s.

Photocopie : 193, 266, 274-275, 390-391, 505

Possession

- action possessoire : 628, 637
- mode d'acquisition : v. acquisition
- notion : 127 et s., 186 et s., 226, 807
- mode de preuve : 487, 655-656, 874

Préjudice

- à éviter : 697-700
- collectif : 705-706
- individuel : 707 et s.
- social : 697 et s.

Prescription

- acquisitive : v. acquisition
- de l'action publique : 102, 396

Présomption d'innocence : 484 et s.

Prêt de consommation : 600-607

Preuve : 484 et s.

Projet : 41-42, 203 et s., 251, 304, 384, 500, 718, 853

Propriétaire : 739 et s.

Propriété :

- intellectuelle : 34, 37, 45, 135, 204, 382-384, 498-501, 873
- intérêt : 15 et s., 598 et s.
- objective : 798 et s.
- subjective : 810 et s., 840 et s.

Q

Qualité (à agir dans le cadre du procès pénal) : 733 et s.

R**Recel**

- recel de chose : 260 et s.
- recel-profit : 260 et s.

Remise

- communication : 196-198
- fait juridique : 178 et s.
- fourniture : 199-202
- par abstention : 203-209

Répartition de dividendes fictifs : 109

Représentation

- d'un bien : 380 et s.
- d'une personne : 380-381

Résultat

- à éviter : v. préjudice
- constitutif : 446 et s.
- légal : 164-167
- matériel : 164-167, 446 et s.
- probable : 164-167
- redouté : 164-167, 696-700

Romanistes : 6-8, 131 et s.

S

Salarié : v. employé/employeur

Sanctionnateur : v. droit pénal

Secret : 105-107, 136-137, 265-266, 275

Sécurité juridique : 14, 18, 233, 266, 275, 295, 436, 533, 548, 578, 629, 904

Sentiment : 33, 750, 860

Service : 35, 107, 199 et s., 213 et s., 408 et s., 640 et s., 676 et s., 852, 878, 890, 907

Servitude : 35, 410, 610

Soustraction

- appréhension : 243 et s.
- intellectuelle : 243 et s.
- juridique : 226-227, 234-236, 390, 631
- préhension : 238 et s.

Spécialité des incriminations (principe) : v. loi pénale

Stupéfiants : 652 et s.

Subrogation réelle : 268, 286, 348-350

Substrat, substratum (de l'intérêt protégé) : 15
et s., 85, 478, 555, 580, 624, 698, 706, 812

Surdétermination : 857 et s.

Surinterprétation : 869 et s.

STAD : 398

T

Tentative

- actes préparatoires : 442-444
- commencement d'exécution : 442-444
- notion : 442-444, 450, 695, 700

Territoire, territorialité : 429 et s.

U

Ubiquité : 429 et s.

Universalité

- de biens : 583 et s.

- de droit : 583 et s.

- de fait : 511, 583 et s., 602

Usage (notion) : v. abus de biens sociaux

V

Valeur

- bien : 308 et s.
- d'échange : 326 et s.
- d'usage : 316 et s.
- mobilière : 81 et s., 323

Victime

- civile : 757 et s.
- pénale : 739 et s.

Virtuel : 36-37

Vol

- chose d'autrui : 148 et s.
- incrimination : 155 et s., 226 et s.
- soustraction : v. soustraction

Table des matières

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

SOMMAIRE	IX
TABLE DES ABREVIATIONS	XI
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	33
LA RECEPTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS PAR LES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE	33
Titre I	37
Une réception autorisée	37
Chapitre 1. La réception par l'élément légal	39
Section I. LA DEMATERIALISATION ACCUEILLIE PAR LA LOI	41
§ 1. Les causes efficaces de la détermination de la dématérialisation	42
§ 2. La cause finale de la détermination : la protection de la propriété sociale par le droit pénal des sociétés	47
A. La protection pénale de la propriété de l'actionnaire : un immatériel originel	48
B. La protection pénale de la propriété de la société : une véritable dématérialisation	51
§ 3. Le moyen de cette détermination : la notion de bien en droit pénal des sociétés	61
Section II. LA DEMATERIALISATION ACCUEILLIE PAR LA JURISPRUDENCE	67
§ 1. La dématérialisation progressive du bien	69
A. Le donné	70
B. Le construit	77
§ 2. La matérialité apparente de la chose	83
Chapitre 2. La réception par l'élément matériel	91
Section I. LA DEMATERIALISATION DES L'AMONT DE L'ATTEINTE A LA PROPRIETE	93
§ 1. La dématérialisation de la remise et du détournement	95
A. La remise de biens incorporels	96
1. L'indifférence de la cause : la remise volontaire d'un bien incorporel	98
a. La possibilité de la remise	98
b. L'adaptabilité de la remise	101
α. La variabilité de la remise	101
β. La communication	104
γ. La mise à disposition	105
δ. L'abstention volontaire ou remise intellectuelle	107
2. L'importance de la cause : la remise involontaire d'un bien incorporel	110
B. Le détournement de biens incorporels	113
§ 2. La dématérialisation de la soustraction	117
A. La notion de soustraction	118
B. L'importance de la notion matérielle	122
C. La possibilité d'une notion intellectuelle	124
Section II. LA DEMATERIALISATION JUSQU'EN AVAL DE L'ATTEINTE A LA PROPRIETE	130
§ 1. La dématérialisation du recel	132

A. L'ouverture théorique du recel à l'immatériel : la possibilité du bénéfice tiré d'un bien incorporel	134
B. L'ouverture pratique du recel à l'immatériel : la possibilité du bénéfice tiré d'un bien incorporel provenant d'un crime ou d'un délit.....	138
§ 2. La dématérialisation du blanchiment.....	145
Conclusion du titre I.....	148
Titre II.....	151
Une réception aboutie.....	151
Chapitre 1. La réception malgré la valorisation	153
Section I. LA PRISE EN COMPTE PENALE DE LA VALEUR COMME UN BIEN AUTONOME.....	155
§ 1. L'individualisation des valeurs : la protection pénale des valeurs comme biens.....	156
A. La protection pénale de la valeur d'usage	158
B. La protection pénale de la valeur d'échange	162
§ 2. La valorisation des choses : la considération pénale des biens comme valeurs	166
A. L'utilité du droit pénal pour la compréhension de la valorisation.....	167
B. L'utilité de la valorisation pour l'application du droit pénal	170
1. La valeur au service de la politique pénale	170
2. La valeur au service de la responsabilité pénale.....	177
Section II. LA PRISE EN COMPTE PENALE DE LA VALEUR COMME UN BIEN INCARNE.....	180
§ 1. L'indépendance existentielle de la valeur : la protection pénale de la valeur <i>per se</i>	182
A. Les modalités de l'indépendance : l'exemple de la protection pénale de l'information	183
B. Les limites de l'indépendance : le recours aux supports	194
§ 2. La dépendance utilitaire de la valeur : la protection pénale des supports de la valeur.....	200
Chapitre 2. La réception malgré l'incorporalité	209
Section I. L'APPLICABILITE DE LA LOI PENALE FRANÇAISE A L'INCORPOREL : LA LOCALISATION DE L'INFRACTION	210
§ 1. La localisation d'une infraction malgré son immatérialité.....	213
A. L'objet positif de la localisation : le « fait constitutif ».....	215
1. La localisation de la cause.....	216
2. La localisation de l'effet.....	220
B. L'objet prospectif de la localisation : le fait constitutif immatériel.....	225
1. La détermination de l'objet à localiser : un fait intrinsèquement immatériel	226
2. La localisation de l'objet déterminé : un fait perçu extrinsèquement.....	231
§ 2. La localisation d'une infraction par son objet immatériel.....	233
Section II. L'APPLICATION DE LA LOI PENALE A L'INCORPOREL : LA PREUVE DE L'INFRACTION	239
§ 1. Le domaine de la preuve : l'élément dématérialisé.....	240
A. La preuve de l'existence du bien protégé.....	241
B. La preuve de l'existence du comportement incriminé.....	247
§ 2. L'instrument de la preuve : les supports de représentation.....	251
A. La forme de la preuve : un bien corporel parfois frugifère	252
B. Le contenu de la preuve : une information, bien incorporel	256
Conclusion du titre II.....	264
Conclusion de la 1 ^{ère} partie.....	267
SECONDE PARTIE.....	269
LA CONTRIBUTION DE LA DEMATERIALISATION DES BIENS A L'ETUDE DES INFRACTIONS CONTRE LA PROPRIETE.....	269
Titre I.....	273
L'apport à la détermination de l'effet des infractions contre la propriété	273
Chapitre 1. La détermination de l'objet du dommage : le bien	277
Section I. LA PROTECTION PENALE AU-DELA DU BIEN : LE PATRIMOINE.....	278
§ 1. Le patrimoine, objet concevable des infractions contre la propriété.....	280
§ 2. L'unité du patrimoine en droit pénal	284

A. L'unité malgré la multiplicité des biens	285
B. L'unité malgré la multiplication des ensembles	293
§ 3. La composition du patrimoine en droit pénal	304
A. Aspects techniques et théoriques : l'assimilation des biens	305
B. Aspects sociologiques : l'émergence de nouveaux biens	315
Section II. LA PROTECTION PENALE AU-DELA DU PATRIMOINE : LE BIEN	319
§ 1. Le principe d'une protection pénale des biens extrapatrimoniaux	320
A. L'indifférence du droit pénal au caractère extrapatrimonial d'un bien	321
B. L'importance du droit pénal pour les biens extrapatrimoniaux	325
§ 2. L'existence d'une protection pénale des biens extrapatrimoniaux	327
Chapitre 2. La détermination de l'effet du dommage : le préjudice	338
Section I. LA PROMOTION DU PREJUDICE EN DROIT PENAL SUBSTANTIEL	339
§ 1. Le préjudice révélé par l'atteinte	340
A. L'atteinte comme cause de l'infraction : le préjudice social	342
B. L'atteinte comme effet de l'infraction : le préjudice individuel	349
§ 2. Le préjudice révélateur de l'atteinte	354
A. L'extériorisation intermittente du préjudice : le domaine de l'immatériel	354
B. Les raisons de l'extériorisation : l'approche rétrospective de l'infraction	357
Section II. L'IMPORTANCE DU PREJUDICE EN DROIT PENAL PROCEDURAL	360
§ 1. La protection du propriétaire : le droit de participer au procès pénal	362
A. Le propriétaire, victime des infractions contre la propriété	363
B. Le propriétaire, acteur du procès pénal	366
§ 2. La protection de la propriété : l'action civile	371
A. L'objet de l'action civile en matière de propriété	372
B. Les sujets de l'action civile en matière de propriété	376
1. Approche théorique de l'intérêt à agir	377
2. Approche pratique de l'intérêt à agir	379
Conclusion du titre I	384
Titre II	388
L'apport à la détermination de la cause des incriminations en faveur de la propriété	388
Chapitre 1. La condition de la détermination : la rémanence d'un ordre public directif	391
SECTION I. LE GLISSEMENT LEGAL VERS UN ORDRE PUBLIC DE PROTECTION	392
SECTION II. LA RESURGENCE PRETORIENNE D'UN ORDRE PUBLIC DE DIRECTION	401
§ 1. L'utilité extrinsèque du droit pénal de la propriété	402
§ 2. L'utilité intrinsèque du droit pénal de la propriété	408
Chapitre 2. Le sens de la détermination : la promotion de la personne	415
SECTION I. LA PROTECTION DE LA PERSONNE A TRAVERS SA PROPRIETE	416
§ 1. Le constat : la constance de la personne en droit pénal de la propriété	416
§ 2. La cause : l'importance de la personne en droit pénal de la propriété	421
A. La « surdétermination » du droit pénal de la propriété	423
B. La « surinterprétation » conséquente en droit pénal de la propriété	429
§ 3. La conséquence : une approche pénale du bien par la personne	432
SECTION II. LA PROTECTION DE LA SOCIETE A TRAVERS LA PERSONNE	435
Conclusion du titre II	440
Conclusion de la 2 ^{nde} partie	443
CONCLUSION GENERALE	447
ANNEXES	455
Bibliographie	455
I. OUVRAGES GENERAUX	455
II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES	461
III. ARTICLES ET CHRONIQUES	469
IV. JURISPRUDENCE	481
Index alphabétique	495

Table des matières..... 501