

L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION PÉNALE DU PATRIMOINE EN France

Claudia LEMARCHAND-GHICA

L'évolution de la protection patrimoine en France est à la fois un sujet classique et d'une grande modernité. Si le sujet est limité à la sphère du droit français, j'espère, que par sa réflexion d'ensemble, il embrasse l'évolution des systèmes juridiques du monde. Le patrimoine est le fondement de la société civilisée. Jean-Jacques Rousseau expliquait que le premier homme à avoir entouré d'enclos un terrain en affirmant « Ceci est à moi » est le véritable inventeur de la société civilisée. Il accusait ceux qui l'entouraient d'avoir été faibles ou fous de ne pas s'y opposer car la terre, l'air, les fruits sont à tous et cela aurait évité tant de guerres, meurtres, famines, de malheur. Cependant, cet acte est fondateur et il a permis de changer le monde et de construire une société civilisée. Le patrimoine est une constante dans l'histoire, même s'il change de structure selon les époques et les endroits. De Robinson Crusoe, s'appropriant le nécessaire pour vivre, jusqu'à Bill Gates et son empire, mille visages du patrimoine s'expriment.

Historiquement, le patrimoine désigne ce qui vient « des pères », de ses aïeux, comprenant les biens de la famille hérités de ses ascendants. Mais le concept repose sur un continuum car, s'il plonge ses racines dans le passé, il trouve un prolongement naturel dans le futur. Le patrimoine reçu des ascendants est transmis aux ascendants, assurant une continuité. La définition juridique du patrimoine est restrictive et le limite à l'ensemble de biens sur lesquels la personne détient des droits. Il est une émanation de personne car toute personne a un patrimoine, mais un seul patrimoine. Le patrimoine est l'ensemble des droits appréciables en argent, constituant une universalité juridique. En effet, il est indépendant des éléments qui le composent, il n'est pas une simple addition de biens. Le patrimoine est, à la fois, une réalité composée d'un actif et d'un passif et une virtualité, une potentialité. Il n'est pas une masse figée de droits, mais un cadre apte à recueillir des biens et des obligations, indépendant de chacune de ses composantes.

Le droit pénal matérialise la réaction répressive de l'Etat à l'égard des infractions, qui constituent des comportements interdits, et est entièrement dédié à la protection de l'ordre public. La valeur expressive du droit pénal le rend un moyen incontournable d'établir la hiérarchie des valeurs sociales protégées et d'assurer la garantie du pacte fondateur de la société démocratique. Ainsi, depuis le siècle des Lumières, le droit pénal est considéré comme le meilleur moyen de mesurer le degré de civilisation d'une société, reposant sur le patrimoine et sa reconnaissance, selon les philosophes des Lumières.

Le patrimoine s'inscrit dans la sphère de répression du droit pénal. Du commandement religieux « Tu ne voleras point ! » aux articles des Codes pénaux contemporains, du « furtum » romain aux définitions de civil law ou de common law, le droit pénal applique sa force répressive particulière aux infractions contre le patrimoine, même si leur forme ou intensité sont différentes. La protection pénale du patrimoine se détache de sa définition civile. En effet, le droit pénal ne protège pas le cadre universel global du patrimoine, mais les différents éléments le composant. Il est intéressant de savoir quel est le critère retenu par le législateur pour opérer un tri parmi les éléments patrimoniaux dignes de recevoir une protection pénale et ceux qui ne le sont pas. La première conception guidant le législateur repose sur le critère économique. L'atteinte à un droit est punie dès que ce dernier s'incorpore au patrimoine. S'y oppose le critère juridique qui privilégie la répression en cas d'atteinte à des valeurs sociales consacrées par le droit pénal et revêtues de la sanction la plus grave, la peine. L'application de l'une ou de l'autre de cette théorie n'est pas neutre et détermine l'application de la qualification pénale. Ainsi, en application du critère économique, le créancier qui reprend sa chose au débiteur en cas de non-paiement du prix intégral protège efficacement et licitement ses droits, alors qu'en application du critère juridique, il commet un vol. Mais le choix du critère détermine la politique pénale d'un Etat et, au-delà, la philosophie pénale d'un système. Si le droit pénal privilégie le désir de protéger l'ordre public, assuré par la conception juridique du patrimoine, la répression constitue une réaction sociale à l'infraction et est déclenchée par des atteintes minimales ou virtuelles à l'ordre public. Si le droit pénal privilégie la réalité économique, il tient compte de la valeur vénale des biens protégés et du préjudice subi par la victime. Ces deux conceptions se trouvent placées

chacune sur un des plateaux de la balance de la Justice et elles entraînent un mouvement de balancier qui doit assurer un équilibre parfait et une répression équitable.

En effet, si le droit pénal privilégie la conception juridique de la protection du patrimoine, elle n'est pas exclusive de toute considération économique. La conception économique conduit à une protection concentrique du patrimoine, focalisée sur ses composantes classiques. Certes, la structure du patrimoine s'est élargie grâce à la dématérialisation et a entraîné une modification des fondements du droit pénal. Ce dernier opère un retour vers ses sources et le critère juridique entraîne une protection excentrique, substance d'une nouvelle politique pénale. Cette protection élargie peut conduire à des dangers incidents, car la sphère du patrimoine doit être strictement limitée aux biens et aucune extension aux personnes (dans leur unité corps-esprit) ne saurait être admise. Cette limite absolue et obligatoire est le garde-fou des sociétés démocratiques et elle ne souffre aucune exception car elle est le postulat essentiel sur lequel repose l'organisation de notre société.

I. LA PROTECTION PENALE CONCENTRIQUE DU PATRIMOINE

La protection pénale du patrimoine se détache de sa définition civile, car le droit pénal punit les atteintes aux différents droits patrimoniaux, sans punir l'atteinte au patrimoine, universalité juridique. Si à l'origine, seul le droit de propriété semblait protégé, actuellement, le droit pénal sanctionne l'inexécution de certaines obligations (abandon de famille, détournements d'objets saisis, organisation frauduleuse d'insolvabilité). L'élargissement devient incontestable en ouvrant la protection pénale aux droits personnels et non seulement aux droits réels, englobant ainsi des droits extra-patrimoniaux (les droits de la personnalité à l'image ou à la vie privée). Le patrimoine a évolué dans le sens d'une dématérialisation, ce qui a nécessairement modifié les contours de sa protection pénale. Le droit pénal, droit tangible par essence, s'est trouvé confronté à une société hautement consommatrice d'informations, dans le cadre de la vie publique ou privée, personnelle ou professionnelle et contraint de s'adapter à la nouvelle économie de l'immatériel. Si certaines de ces incriminations ont pu ou su s'adapter à cette mutation (A), le législateur a créé un système répressif destiné à appréhender ces nouvelles atteintes (B).

A. L'EVOLUTION DES INFRACTIONS CLASSIQUES

Le Code pénal Napoléon de 1810 tenait compte de la réalité économique et sociale de son époque et centrait la répression sur les atteintes à la propriété. L'étude des « trois glorieuses », les trois incriminations issues du « furtum » romain, illustrent l'évolution globale suivie par le droit pénal. L'escroquerie, l'abus de confiance et le vol partagent une origine commune, mais leur adaptabilité aux modifications technologiques de la société n'est pas la même, ce qui explique leur évolution divergente.

Le vol est défini par le Code pénal comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Le choix des termes par le législateur enferme l'incrimination dans un cadre exclusivement matériel. Ainsi, l'atteinte juridique constituée par la violation du droit de la victime se double d'une atteinte matérielle du fait du déplacement de l'objet. S'il est possible de punir le vol d'usage (le fait « d'emprunter » une voiture), le vol par photocopiage (le fait de photocopier des documents appartenant à son employeur), le vol d'énergie (expressément prévu par le législateur pour consacrer une solution traditionnelle de la jurisprudence), le vol exclusif d'informations n'est pas punissable. La question reçoit toute son importance dans une société de l'économie numérique, reposant sur l'échange de données à la vitesse de la lumière, ce qui multiplie les facilités de commission et de dissimulation des infractions. L'incrimination de vol n'est pas applicable aux biens immatériels, la qualification pénale n'étant possible que lorsque le bien s'intègre à un support matériel. Même si la Cour de cassation refuse de formuler un principe général, le vol du contenu informationnel n'est punissable que lorsqu'il est matérialisé (contenu sur un support matériel), en vertu de l'interprétation stricte de la loi pénale puisque deux éléments constitutifs du vol ont défaut. D'une part, la chose est nécessairement un bien tangible, visible et quantifiable, car elle est limitée aux biens meubles corporels. D'autre part, la soustraction pose le postulat d'un amoindrissement du patrimoine de la victime. Or, l'information n'est pas soustraite à son possesseur, seule sa confidentialité est atteinte. Si la responsabilité pénale pour vol de données est impossible, la qualification pénale est envisageable pour vol de disquette, CD-Rom ou clé USB. Les juges utilisent un artifice juridique de qualification permettant de protéger la valeur économique des données en les incorporant à la valeur juridique protégée, le droit de propriété.

En revanche, l'escroquerie et l'abus de confiance ont connu un mouvement de dématérialisation. L'escroquerie constituée par la remise provoquée par des moyens frauduleux peut porter sur un service (le nouveau Code pénal de 1994), ou sur des fonds (la monnaie scripturale a été assimilée aux espèces), ou sur « un acte opérant obligation ou décharge » embrassant tous les actes formant un lien de droit. L'abus de confiance a connu une évolution rapide dans le cadre de la jurisprudence de la dernière décennie. Selon le C.P., l'abus de confiance constitue un détournement portant sur « des fonds, des valeurs ou un bien quelconque » qui a été préalablement remis à la personne de manière précaire. L'expression de « bien quelconque », plus large que celle de « chose » dans le cadre du vol, permet à la Cour de cassation de dématérialiser le délit en affirmant qu'il ne s'applique pas seulement à un bien corporel, dès lors que ce bien constitue une valeur patrimoniale (numéro de carte bancaire, détournement de la connexion internet professionnelle, d'un projet de création). En revanche, le détournement de la force de travail de salariés à des fins personnelles (le fait d'utiliser des salariés de l'entreprise pour effectuer des travaux d'entretien et ménagers au domicile de cadres de l'entreprise) constitue un abus de confiance uniquement sous la forme de « détournement de fonds » (les salaires devant leur être versés). Cette limite à la dématérialisation est expliquée par les juges comme une conséquence de l'interprétation stricte de la loi pénale (par un raisonnement a contrario), car, au contraire, de l'escroquerie, le nouveau Code pénal n'a pas expressément prévu l'abus de confiance de services.

La terminologie juridique traditionnelle du Code pénal, héritée du dix-huitième siècle, punit les infractions contre les biens, malgré la réforme de 1994. Cependant, le concept des incriminations déborde largement le cadre expressément désigné par le législateur et tient compte de la dématérialisation du patrimoine. En témoignent la création et le développement de nouvelles incriminations.

B. LA CREATION DE NOUVELLES INFRACTIONS

De nombreux textes répressifs modernes protègent des biens incorporels et tiennent compte de cette nouvelle dimension du patrimoine. La simple lecture du classement des plus grandes fortunes mondiales par des magazines économiques permet de suivre cette évolution. Loin de retenir encore les fortunes immobilières et des grandes propriétés terriennes, de jeunes créateurs de sociétés de service informatiques caracolent en tête du classement. Les créateurs de Google ont remplacé les Rotschild et Guggenheim. Certaines matières de droit pénal technique tiennent compte de cette évolution semblent modeler la philosophie protectrice du patrimoine en créant de nouvelles incriminations inspirées de l'économie matérialisée et virtuelle. Très nombreuses, leur étude exhaustive est difficile et se révèle inutile. Mettant en œuvre une politique pénale générale, seule leur inspiration commune est intéressante car elle révèle la nouvelle dimension de la protection pénale du patrimoine.

Le Code pénal punit les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, en partant de leur source (l'introduction ou maintien dans le système) jusqu'à l'obtention du résultat (modification, altération ou entrave des données ou du fonctionnement du système). Le comportement réprimé consiste en une atteinte totalement dématérialisée à des informations.

La meilleure illustration de la dématérialisation de la protection du patrimoine est constituée par l'évolution du recel. Si sa forme traditionnelle, consistant en la détention de la chose de provenance frauduleuse, est connue depuis l'Antiquité (les pilleurs des pyramides et tombeaux royaux développent cette activité lucrative), sa forme moderne de profit connaît un grand essor dans la société contemporaine. L'article 321-1 du Code pénal réprime le fait, en connaissance de cause, de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit. Ainsi, tombent sous le coup de la loi pénale le passager d'une voiture volée, le mari d'une femme, policier corrompu, qui profite d'un train de vie élevé sans rapport avec les revenus normaux de la profession. Le recel est une incrimination d'une grande modernité sous sa forme « boule de neige » qui permet d'incorporer dans la répression toutes les formes et les modifications que la chose a subies (vente de la chose et investissement de l'argent dans un appartement) et toutes les personnes ayant bénéficié du produit de l'infraction d'origine (tous les comptes bancaires de personnes ayant touché des fonds suspects sont contaminés par la source frauduleuse de l'argent).

Le blanchiment se greffe sur la philosophie répressive du recel, même s'il constitue une manifestation moderne de la lutte contre l'argent sale qui engage le monde entier dans une vaste entreprise de coopération judiciaire en matière pénale. En effet, les différents systèmes de compensation financière électronique et les paradis fiscaux permettent à l'argent d'origine douteuse de circuler à la vitesse de la lumière et d'être intégré dans l'économie légale, permettant d'asseoir l'influence des réseaux criminels organisés. Le

blanchiment punit le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ou le fait d'apporter un concours à une opération de placements du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. La monnaie scripturale (compte en banque) est le moyen privilégié de commission de ces infractions et le législateur l'assimile juridiquement aux espèces sonnantes et trébuchantes.

Le droit pénal français est donc soumis à une dichotomie puisque certaines incriminations, traditionnelles ou modernes, englobent les biens incorporels dans leur définition légale, alors que d'autres restent imperméables à leur intégration dans le cadre des éléments constitutifs. Les membres de la doctrine conseillent à la Cour de cassation de résoudre par anticipation ces difficultés majeures, résultant de l'économie virtuelle de l'avenir, en retenant une interprétation large englobant « tous les biens sur lesquels une personne possède des droits » et de renoncer à l'idée classique d'infractions contre les biens pour la remplacer par les « infractions contre le patrimoine ». Cette évolution est contenue en germe dans le recel et le blanchiment qui ne punissent pas exclusivement des infractions contre les biens, puisque l'infraction d'origine est indifférente à la qualification pénale (elle est constituée par une infraction contre les personnes). Cette nouvelle analyse procéderait à un renouvellement du droit pénal conforme à ses principes classiques qui permettrait un élargissement de la répression pénale et une protection excentrique du patrimoine.

II. LA PROTECTION PENALE EXCENTRIQUE DU PATRIMOINE

La protection pénale excentrique du patrimoine déborde le cadre individuel du patrimoine de la personne physique. La protection du patrimoine ne repose pas sur l'appauvrissement de la victime ou sur l'enrichissement de l'auteur de l'infraction, donc protège le patrimoine dans sa dimension juridique. Le droit pénal tient nécessairement compte du dommage (la lésion), alors que le préjudice (les conséquences de la lésion) n'est pas essentiel, sa réparation étant une question de responsabilité civile. Cependant, le droit pénal ne peut être totalement détaché de la réalité économique. S'il continue à punir le vol de choses dépourvues de valeur (fleurs coupées, lettres missives) pour garantir l'ordre public, il ne peut se détacher de la valeur patrimoniale des concepts de l'économie moderne. Les patrimoines collectifs, bénéficiant d'une reconnaissance juridique, sont intégrés dans le périmètre de la protection pénale. Cependant, cette extension ne doit pas opérer à l'infini. Le droit pénal sauvegarde la hiérarchie des valeurs sociales protégées par la société. Certains abus de langage font sortir le patrimoine de sa dimension purement matérielle pour l'étendre aux personnes. Cette extension est dangereuse car elles justifient des atteintes aux personnes, en créant une confusion majeure dans les catégories protégées par le droit pénal.

A. L'ELARGISSEMENT DU PERIMETRE DE PROTECTION PENALE

La publication des résultats de l'économie, dans un contexte anxiogène de crise mondiale, démontre la mutation profonde de la notion de patrimoine. Si les personnes physiques détiennent encore des fortunes considérables, elles semblent minimes en comparaison avec le poids des entreprises dans l'économie mondiale, autant sur le plan purement pécuniaire, que sur le plan des conséquences structurelles sur l'emploi. Le droit pénal a pris en compte cette modification et a élargi son périmètre de protection pénale au patrimoine social. Si le droit pénal des affaires contient de nombreuses incriminations spécifiques, l'abus de biens sociaux constitue l'illustration parfaite de l'évolution du droit pénal. Le Code de commerce, siège de l'infraction, incrimine l'abus de biens, de crédit, de voix et de pouvoirs de la société. Le patrimoine protégé par le droit pénal est le patrimoine de la personne morale, distinct de l'addition des patrimoines individuels des différentes personnes physiques le composant. Le droit pénal punit autant les atteintes aux biens corporels (les biens) que sur les biens incorporels (crédit, voix et pouvoirs), incorporant tous les éléments de l'actif de la société. Le dirigeant ayant des parts dans la société (son patrimoine contient des actions) peut être condamné pour abus de biens sociaux en cas de détournement de biens de la société (incorporés dans le patrimoine social).

Dans la même inspiration, le délit d'initié sanctionne la communication d'une information privilégiée permettant de réaliser directement ou indirectement des opérations boursières avant que les informations soient rendues publiques. L'incrimination punit autant l'atteinte portée au patrimoine de la société que la rupture d'égalité de tous les investisseurs en utilisant la tricherie et la dissimulation. L'incrimination repose sur l'information privilégiée, définie par le droit comme « des sons, images, documents, données ou messages de toute nature », en respectant l'origine latine étymologique de la notion, « informatio », qui vise le dessin, l'esquisse, la conception. L'information n'est pas considérée par le droit comme une idée

abstraite, mais un message communicable, coulée en signes intelligibles donnant naissance à la propriété intellectuelle et artistique.

Le droit de propriété, droit réel caractérisant les biens incorporels, peut s'exercer sur une œuvre de l'esprit. La loi du 12 juin 2009, complétée par la loi du 28 octobre 2009, punit l'infraction aux droits d'auteur, consistant dans le partage des fichiers « peer to peer », par une riposte graduée et crée une nouvelle autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). La loi a été censurée partiellement à deux reprises par le Conseil constitutionnel qui a considéré que la sanction maximale prévue par le texte, la suspension de la connexion internet de la personne responsable, ne pouvait être prononcé que par le juge pénal, en appréciation des critères de la gravité de l'infraction et la personnalité de l'auteur des faits. Anticipant la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges constitutionnels ont censuré la procédure administrative qui autorisait la HADOPI à prononcer ces mesures, qui par leur nature et gravité s'incorporent à la matière pénale et nécessitent le respect de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et la mise en œuvre des garanties du procès équitable.

L'élargissement du périmètre de protection pénale du patrimoine est déterminé par la prise en compte de l'analyse économique de la valeur. A ce titre, l'évolution des concepts de droit pénal s'adapte à l'évolution de la société pour assurer une application harmonieuse et cohérente. Mais, la nature du droit pénal est d'ordre public et elle reflète la hiérarchie des valeurs sociales protégées par le droit pénal. Une mutation des concepts répressifs entraînerait le danger d'une confusion majeure dans la hiérarchie des valeurs sociales pénalement protégées et menacerait la société démocratique.

B. UNE MUTATION IMPOSSIBLE DES CONCEPTS PENAUX

Le concept de patrimoine est intrinsèquement lié à la notion de propriété. Cependant, certaines projections du patrimoine au niveau social excèdent ce cadre originel. Certaines structures collectives disposent de la reconnaissance de leur patrimoine, qu'il soit dans la dimension de l'infiniment petit ou de l'infiniment grand. Ainsi, les juristes se penchent sur le patrimoine génétique, patrimoine commun à certaines souches de famille, de population ou de races, alors que d'autres travaillent sur le patrimoine de l'Humanité, patrimoine commun aux peuples de la Terre entière. L'UNESCO a adopté La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, alors que les sites inscrits au patrimoine commun de l'Humanité se multiplient et la lutte pour la sauvegarde de l'environnement dégage la Terre comme objet de protection commune, au titre du patrimoine partagé. Le droit pénal protège cette dimension infiniment grande ou petite de l'Humanité (création des crimes contre l'Humanité et contre l'espèce humaine), mais il ne les incorpore pas au patrimoine, tenant aux biens, mais aux personnes. Le patrimoine génétique de la personne est protégé, car le clonage, les recherches génétiques sans le consentement de la personne constituent des infractions gravement punies, mais leur qualification ne relève pas de l'atteinte aux biens, mais de l'atteinte aux personnes. De même, l'enregistrement d'images relatives à la commission d'une infraction violente sur une personne, le happy slapping, ne constitue pas un enregistrement d'informations visuelles puni sous son angle matériel, mais une forme de complicité spécifique de l'infraction commise et filmée, qui est nécessairement une atteinte violente à la personne.

La valeur suprême protégée par le droit pénal est la personne, sa vie et son intégrité, et le patrimoine constitué de biens ne vient qu'en second lieu. Le patrimoine est protégé car il appartient à la personne, devenant une de ses caractéristiques, et nullement l'inverse. La personne n'est pas protégée parce qu'elle possède des biens, preuve en est la protection générale accordée à toute victime, sans distinction portant sur ses possessions matérielles. Toutes les analyses du droit pénal sont inspirées de cette hiérarchie traditionnelle, mais toujours vivante et forte au sein du droit pénal. Ainsi, la légitime défense des personnes est plus largement admise que la légitime défense des biens, les infractions contre les biens constituent normalement des délits, mais elles deviennent des crimes, lorsqu'elles se soldent par des dommages infligés aux personnes.

L'évolution suivie par une infraction emblématique du droit pénal français, l'abus frauduleux de faiblesse, illustre cette inspiration. L'incrimination a été créée comme une infraction satellite de l'escroquerie, mais a été transférée dans le cadre des infractions contre les personnes. La personne d'une particulière vulnérabilité, en raison de son âge, de sa maladie, qui signe des actes de nature à lui causer un préjudice, sous l'influence ou la manipulation de tiers, n'est pas protégée uniquement du point de vue de son

patrimoine, mais de manière plus générale, quant à son niveau de vie et à sa dignité. Alors que la définition légale repose sur l'existence d'un préjudice grave, la jurisprudence sanctionne « un acte de nature à causer un préjudice » et qualifie le délit en présence d'un préjudice moral, ou simplement éventuel.

En conclusion, si la protection pénale du patrimoine a connu un élargissement souhaitable dû à la dématérialisation de l'économie, elle doit s'arrêter aux limites de la protection des biens. Toute extension du patrimoine dans le domaine des personnes recèle un danger majeur. La personne ne serait plus protégée dans sa dimension intrinsèque dictée par la dignité humaine, mais considérée comme constituée de composants multiples soumis à une logique économique. Le commerce de ces « biens » serait envisageable. Sans faire référence aux scènes décrites par Victor Hugo dans « Les misérables » de cette pauvre Fantine, vendant cheveux et dents, cette analyse risque de nous propulser dans « Le meilleur des mondes » décrit par Aldous Huxley. Ce n'est pas un simple voyage dans la science-fiction que je vous propose, mais certaines dérives apparaissent déjà. Dans l'affaire du sang contaminé, affaire qui a marqué la vie juridique et politique française pendant vingt ans (des produits de sang contaminés par le virus du SIDA ont été maintenus sur le marché pour des considérations purement mercantiles et ont contaminés plusieurs centaines d'hémophiles), la qualification pénale retenue a été la tromperie sur « les qualités substantielles de la marchandise ». Le sang, considéré comme une « marchandise », ouvre le chemin à la mercantilisation du corps humain qui pourrait être intégré au patrimoine. Il est important de ne pas glisser du droit pénal vers le droit vénal en suivant certaines dérives de la société contemporaine. Le droit pénal doit rester le garant de la hiérarchie de valeurs fondatrice de notre société.