

Le concept d'imitation en droit pénal: approche de synthèse du juridique au philosophique

Yoanna Sifakis

► To cite this version:

Yoanna Sifakis. Le concept d'imitation en droit pénal: approche de synthèse du juridique au philosophique. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français. <NNT: 2017BORD0764>. <tel-01724692>

HAL Id: tel-01724692

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01724692>

Submitted on 6 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

par Yoanna SIFAKIS

Le concept d'imitation en droit pénal

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD

Soutenue le 1^{er} décembre 2017

Membres du jury :

Monsieur Christophe BLANCHARD,

Professeur à l'Université d'Angers, *rapporteur*

Monsieur Philippe CONTE,

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, *rapporteur*

Madame Valérie MALABAT,

Professeur à l'Université de Bordeaux

Madame Vanessa VALETTE ERCOLE,

Maître de Conférences HDR à l'Université Perpignan Via Domitia

Monsieur Jean-Marc TRIGEAUD,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions exprimées dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie tous ceux qui m'ont aidée dans ce travail de recherche pendant ces cinq dernières années.

Je remercie mes amis pour leur enthousiasme et leur énergie.

Je remercie Benjamin pour sa patience et ses encouragements.

Je remercie mes parents et mon frère pour leur soutien.

Je remercie Monsieur le Professeur Jean-Marc Trigeaud qui m'a encouragée, par son écoute patiente et bienveillante, à adopter une grande liberté de pensée et à dépasser les moments de doute grâce à ses conseils avisés.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : L'IMITATION UNILATERALE

TITRE I : L'IMITATION UNILATERALE DES ATTRIBUTS IDENTIFICATOIRES

CHAPITRE I : L'IMITATION UNILATERALE D'UNE PERSONNE

CHAPITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UN PERSONNAGE

TITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UNE CHOSE

CHAPITRE I : L'IMITATION D'UNE CREATION

CHAPITRE II : L'IMITATION DE LA CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC

SECONDE PARTIE : L'IMITATION PLURILATERALE

TITRE I : L'IMITATION PLURILATERALE HORIZONTALE

CHAPITRE I : L'IMITATION HORIZONTALE DANS UNE PLURALITE D'INDIVIDUS

CHAPITRE II : L'IMITATION HORIZONTALE DANS UNE MULTITUDE D'INDIVIDUS

TITRE II : L'IMITATION PLURILATERALE VERTICALE

CHAPITRE I : L'IMITATION PLURILATERALE VERTICALE OU L'IMITATION PROVOQUEE

CHAPITRE II : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU PROVOCATEUR ET DU PROVOQUE

AVERTISSEMENT

La lecture des seuls intitulés de paragraphes en caractères italiques, référée à la table analytique des matières jointe en annexe, devrait permettre de suivre plus facilement la trame des analyses de cette thèse. Certains paragraphes n'ont pas été nommés, dans la mesure où ils n'ont valeur que de chapeaux ou de transitions entre les développements.

Au sein des développements eux-mêmes, certains passages en gras, ainsi que des points de conclusions réguliers, constituent plutôt une mise en lumière des éléments de compréhension relatifs au concept d'imitation en droit pénal.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ pén.	Actualité juridique pénale
B. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
B. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Conv. EDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
D.	Recueil Dalloz
D. P.	Dalloz périodique
Dr. pén.	Revue droit pénal
éd.	Edition
Gaz. pal.	La Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	Juris-Classeur Périodique – La semaine juridique, Edition Générale
JO	Journal Officiel
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
Op. cit.	Opus cité
p.	Page
Req.	Requête
Rep. pén.	Répertoire pénal
Rép. civ.	Répertoire civil
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
<i>Supra</i>	Ci-dessus

INTRODUCTION

1. *Première définition de l'imitation.* Du latin *imitatio*¹, la notion d'imitation est marquée par une ambiguïté fondamentale. Dans le langage courant et au sens premier, le terme désigne **l'action d'imiter**² **quelque chose ou quelqu'un**. Il s'agit alors de reproduire artificiellement une matière, un objet ou de faire une copie d'un objet de valeur. Ou bien imiter renvoie à l'action de reproduire l'allure, le comportement, le mouvement, le bruit de quelqu'un ou d'un animal. Les synonymes admis dans les dictionnaires sont ceux de copier, mimer, contrefaire. Dans ce cas, l'imitation correspond à l'action de prendre pour modèle³. Dans un tout autre sens, ce terme désigne le **résultat de l'action d'imiter**⁴. Il s'agit ici de l'objet créé par reproduction, ou bien de l'allure, du comportement copié sur le modèle. Et les synonymes correspondants sont alors : la copie, le calque, la contrefaçon.

De ce fait, comme le souligne justement Mme Pascale TREFIGNY, « il n'est pas très facile de donner de l'imitation une définition précise et satisfaisante, car les dictionnaires traduisent des approches ambiguës, ou en tous cas différenciés, de la notion »⁵.

Dans un premier temps, nous pouvons cependant retenir que l'imitation renvoie au comportement de reproduire, ou produire à partir d'un modèle, que celui-ci soit un objet ou un être vivant. Et cette notion désigne alors autant le comportement lui-même que son résultat, observable, et qui peut-être un objet mais aussi une allure, un mouvement, ou une action complète, etc. Ainsi toute imitation comporte-t-elle à la fois un aspect comportemental et personnel, et un aspect matériel et concret.

Pour notre part, nous avons choisi d'analyser ce concept dans son **versant corporel et comportemental**. Nous entendons l'imitation comme l'action, réalisée par un individu, pour reproduire une action (et son résultat) d'un autre individu. Notre étude s'attache ainsi à l'aspect humain de l'imitation. Plus précisément, nous nommerons et différencierons d'une part, comme « **imitateur** » ou « **mime** » la personne qui prend pour modèle et imite, et d'autre part, comme « **imité** » ou « **modèle** » celle qui est ou a été imitée. Dans cette perspective, derrière tout objet copié, tout mouvement ou action reproduite, il nous sera possible d'évoquer l'individu imitateur,

¹F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin – Français*, 1934, V° *Imitabilis, Imitamen, Imitatio, Imitator*.

²E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873, V° *Imitation*.

³E. LITTRÉ, id., V° *Imiter*.

⁴E. LITTRÉ, id., V° *Imitation*.

⁵P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2000, n° 10, p. 12.

mais également de rechercher la personne créatrice de l'objet ou responsable de l'action originale c'est-à-dire le modèle ou le donneur de modèle.

2. **Approche de l'étude : du juridique technique à une critique philosophique.** A la suite des philosophes Antiques⁶, de nombreux travaux en sciences humaines⁷ ont souligné le rôle de l'imitation, que ce soit au cours du développement de l'enfant ou des apprentissages (psychologie génétique) ou encore pour analyser les phénomènes de groupes (psychologie sociale). Il n'en est pas de même dans le domaine du droit, où les recherches se révèlent peu nombreuses. C'est pourquoi il nous semble intéressant d'appréhender l'imitation en droit pénal.

Notre approche est à double sens. D'une part, nous nous interrogerons sur l'apport de ce concept pour la compréhension et l'analyse de certains actes antisociaux. D'autre part, nous rechercherons le traitement juridique de ces actes et ce qu'il peut nous apprendre sur l'imitation.

Rappelons qu'un concept est le résultat d'une conception, comprise comme la faculté de comprendre les choses⁸. Pour notre part, notre démarche procédera du juridique technique à une critique philosophique. Car c'est bien le repérage et l'analyse de certains comportements d'infractions qui conduira notre réflexion philosophique pour construire le concept d'imitation en droit pénal, et plus particulièrement au droit pénal général et spécial⁹.

3. **L'imitation, une notion juridique ?** Le droit ne méconnaît pas l'imitation, mais celle-ci n'est pas à proprement parlé une notion juridique et il n'existe pas de définition juridique de ce terme. Celui-ci par exemple n'est retrouvé que quatre fois dans le Code de la propriété intellectuelle et jamais dans le Code pénal, comme si très peu d'infractions relevaient d'un phénomène d'imitation. Toutefois, certains travaux de thèse présentent une analyse de l'imitation de choses et d'idées au regard de droits spécifiques tel que le droit de la propriété intellectuelle ou encore en droit pénal.

4. **L'imitation en droit de la propriété intellectuelle.** Mme Pascale TREFIGNY, étudiant l'imitation comme comportement référentiel, a ainsi défini l'imitation comme le fait de « chercher à reproduire, copier ; reproduire ou copier plus ou moins bien, un objet de copie,

⁶V. *infra* n° 11 et s.

⁷V. *infra* n° 32 et s.

⁸ E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, op.cit., V° Concept et Conception.

⁹ Nous avons plus particulièrement décidé dans cette étude d'étudier le comportement illicite d'imitation. Ainsi nous avons choisi de pas analyser l'imitation en procédure pénale, branche du droit pénal, qui trouve pour objet le procès répressif.

dont l'imitateur a eu préalablement connaissance »¹⁰.

Plus précisément, l'imitation peut avoir différents objets : la nature, autrui et la production d'autrui. Comme l'auteur, il nous paraît peu opportun d'étudier la nature dans notre sujet¹¹. L'imitation intéressant la matière juridique est donc celle tournée vers la personne et sa production. Et dans cette optique, ce serait parce que l'imitateur entretient une confusion que son comportement devrait être réprouvé. La thèse de Mme Pascale TERFIGNY consacre une grande partie à l'imitation conçue comme la reproduction/copie de la chose d'autrui, et une plus restreinte à l'imitation de la personne d'autrui.

5. *L'imitation en droit pénal : une question de ressemblance et d'apparence.* D'autres auteurs évoquent la notion d'imitation en matière pénale au travers notamment du port illégal de costumes, d'uniformes ou de décorations réglementés par l'autorité publique¹², ou encore la contrefaçon de monnaie, de sceaux ou de titres ou autres valeurs fiduciaires¹³. Ils estiment que seule l'infraction de port illégal de costumes, uniformes ou décorations présentant une ressemblance avec ceux réservés aux fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires¹⁴, peut être qualifiée « infraction d'imitation »¹⁵, en excluant le port illégal de costumes véritables. L'imitation est alors comprise comme une ressemblance entre deux objets matériels sans se référer à un comportement. Dans le même ordre d'idée, la contrefaçon de monnaie, de sceaux, de titres ou autres valeurs fiduciaires, est définie comme une « infraction d'imitation », s'agissant de copier l'objet de la contrefaçon¹⁶. Ainsi les auteurs entendent-ils l'imitation au sens matériel du terme, c'est-à-dire au regard de l'objet imitant, et non du comportement.

M. le Professeur Philippe CONTE, dans son étude de la notion d'apparence en droit pénal¹⁷, définit également l'imitation comme le résultat matériel d'une infraction mais en précisant que « l'imitation, la copie peuvent être plus ou moins fidèles au modèle, de la simple

¹⁰P. TERFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., p. 12.

¹¹V. P. TERFIGNY, op. cit., p. 12.

¹²Art. 433-14 et 433-15 C. pén.

¹³Art. 442-1 et s. C. pén.

¹⁴On remarquera que si l'article 433-14 du Code pénal prévoit le port illégal de costume, uniforme ou décoration réglementée par l'autorité publique, l'article 433-15 du même Code sanctionne le port illégal de costume, uniforme ou décoration ressemblant aux fonctionnaires de police nationale ou aux militaires.

¹⁵V. notamment A. BOUZON-ROULE, *Uniforme – Costume*, Rép. pén., 2014, n° 30 et s. ; C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, art. 433-14 à 433-16, J.-Cl. Pénal Code, 2013, fasc. 20, n° 5, 49 et 54.

¹⁶V. notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2014, 7^{ème} éd., n° 847, p. 980.

¹⁷Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 1984. L'apparence en droit pénal, par principe, explique certaines procédures comme l'enquête de flagrance. Mais l'apparence ne saurait s'arrêter là, comme le montre M. le Professeur Philippe CONTE ; V. également M. VASSEUR, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951, p. 1 et s.).

esquisse à la reproduction approchante, voire au décalque parfait, toute la gamme des nuances est possible »¹⁸. Il introduit ainsi l'idée selon laquelle l'imitation produit une apparition de la réalité correspondante, dont il convient d'apprécier l'apparence¹⁹, c'est-à-dire « la ressemblance entre l'apparition et la réalité correspondante »²⁰.

Cet auteur critique notamment la théorie classique de l'apparence qui n'aborde cette notion que sous l'aspect des effets qu'elle peut produire, à savoir une croyance erronée qui peut avoir des conséquences juridiques. Il démontre que cette approche subjective de l'apparence peut et doit être complétée d'une approche objective. L'apparence doit être définie en elle-même car elle « naît [...] d'une ressemblance, suffisante, entre ce qui est vu – l'apparition – et la réalité correspondante »²¹. Dans le cas de l'imitation d'un objet protégé, cela signifie que si elle est suffisamment apte à causer une méprise dans l'esprit du public, elle doit être sanctionnée²².

Plus précisément, le Professeur Philippe CONTE distingue une apparence subjective et une apparence objective, qui déterminent deux procédés d'appréciation du seuil minimum de ressemblance nécessaire pour conclure à l'existence de l'apparence. L'apparence subjective se déduit de son effet « sur tout individu, conforme à un prototype de référence choisi »²³. Elle peut être « trompeuse » si elle conduit à une confusion de l'apparition avec la réalité ; et l'auteur parle d'une « aptitude à provoquer une méprise »²⁴. Toutefois, l'apparence subjective n'exclue pas le doute et elle peut également être « vraisemblable ». L'apparence vraisemblable suppose qu'« entre plusieurs interprétations de l'apparition, l'observateur se sentira autorisé à choisir l'une plutôt que les autres, parce qu'elle ressemblera suffisamment à une réalité pour qu'elle lui semble vraisemblablement exacte : la vraisemblance suppose en effet une “apparence de vérité” »²⁵. L'apparence objective, quant à elle, correspond à la situation de fait présentant une ressemblance certaine, évidente, avec la réalité envisagée sans référence à la subjectivité d'un

¹⁸Ph. CONTE, op. cit., n° 20, p. 27.

¹⁹Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., n° 17, p. 22. Le Professeur considère qu'« il n'y a pas apparence à l'évidence lorsque l'apparition reflète fidèlement la réalité, qu'elle rend, ce faisant, apparente : l'apparence suppose un écart entre l'apparition et la réalité », et donc pour lui il ne faudrait « pas parler d'apparence là où l'apparition exprime le réel ».

²⁰Ph. CONTE, id., n° 7, p. 22.

²¹Ph. CONTE, id., n° 926, p. 1080.

²²V. Ph. CONTE, id., n° 389, p. 484, pour un exemple sur l'étude de la méprise causée par le port d'un costume ou d'un uniforme ressemblant.

²³Ph. CONTE, id., n° 926, p. 1080. L'apparence ne saurait se déduire d'interprétations subjectives différentes de l'apparition.

²⁴V. Ph. CONTE, ibid.

²⁵Ph. CONTE, id., n° 21, p. 28. Le professeur rapporte la définition de la vraisemblance selon le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française P. ROBERT (cf. LITTRE, qui définit le vraisemblable comme « ce qui paraît vrai », ce « qui a l'apparence de la vérité »).

observateur²⁶.

Le Professeur CONTE étudie alors, à travers l'analyse de l'apparence subjective, la contrefaçon qu'il définit parfois comme une imitation notamment en matière de contrefaçon littéraire et artistique²⁷, ou encore le risque de confusion généré par le port d'un costume ou un uniforme ressemblant à l'original²⁸.

6. **Absence de définition claire de l'imitation.** Malgré leur intérêt, ces travaux soulignent la difficulté d'analyser l'imitation en matière juridique. En effet, celle-ci étant conçue majoritairement comme la copie d'une chose, seule l'infraction de contrefaçon renvoie directement à un tel comportement. Or, ce terme étant lui-même polysémique, les auteurs introduisent une distinction parmi les différentes contrefaçons : celle de reproduction et celle d'imitation, la première étant une duplication servile voire quasi-servile et la seconde une copie non servile (ressemblante). Ainsi retrouvons-nous souvent l'idée que l'imitation n'est pas une reproduction à proprement parlé, alors même que la contrefaçon serait parfois entendue comme une « sorte d'imitation »²⁹. Si l'on s'en tenait à la compréhension doctrinale de l'imitation, il faudrait considérer qu'elle est une reproduction sans pour autant en être une puisqu'elle ne se réfère qu'à la copie ressemblante d'une chose. Surtout, un seul des versants de l'imitation ne semble avoir été abordé par les auteurs, l'imitation matérielle.

Si le terme imitation n'est pas totalement méconnu du droit, il ne bénéficie donc pas d'une définition claire en tant qu'élément compréhensible du droit. C'est donc par un approfondissement de la notion d'imitation que doit débiter cette étude, afin de comprendre avant toute chose ce qu'elle recouvre hors du droit, autrement dit sa signification en termes de comportement³⁰.

7. **Imitation et philosophie.** DESCARTES souligne que « toute la philosophie est comme un arbre, dont les racines s(f)ont la métaphysique, le tronc est la physique, et les branches qui

²⁶Ph. CONTE, id., n° 932, p. 1082. Autrement dit, pour l'auteur, « il suffit que, dans l'univers matériel, tout se soit extérieurement passé comme cela se serait passé si l'élément de la légalité envisagé avait été juridiquement réel ».

²⁷Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., n° 291, p. 345. Le Professeur CONTE considère que « contrefaire c'est imiter l'œuvre d'autrui », reprenant la définition du Robert qui définit « contrefaire » comme l'action de « reproduire par imitation ».

²⁸Ph. CONTE, id., n° 389, p. 484.

²⁹V. par ex. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 841, p. 902.

³⁰Théorie de la signification d'Occam. V. C. Michon, *Nominalisme : la théorie de la signification d'Occam*, Paris : Vrin, 1994.

sortent de ce tronc sont toutes les autres sciences qui se réduisent à trois principales, à savoir la médecine, la mécanique et la morale ». Par cette dernière, l'auteur entend « la plus haute et la plus parfaite morale qui, présupposant une entière connaissance des autres sciences, est le dernier degré de la sagesse. Or comme ce n'est pas des racines, ni du tronc des arbres, qu'on cueille les fruits, mais seulement des extrémités de leurs branches, ainsi la principale utilité de la philosophie dépend de celles de ses parties qu'on ne peut apprendre que les dernières »³¹.

Le concept d'imitation paraît convenir particulièrement à la démarche philosophique ainsi définie car cette notion a été étudiée dans de nombreux champs scientifiques. En appliquant la métaphore de DESCARTES à notre domaine d'étude, et si le concept d'imitation est un des fruits de « l'arbre philosophique », nous ne pouvons l'atteindre qu'en suivant les branches des mathématiques³², de l'art³³, de la robotique³⁴, de la psychologie génétique³⁵, de la psychologie sociale³⁶ et anthropologie³⁷ (influences sociales), de la neurobiologie³⁸ (neurones-miroirs), de la sociologie et la criminologie³⁹, etc. Cette liste des domaines et sciences qui se sont intéressés à l'imitation n'est pas exhaustive et nous n'aurions pas pu intégrer toutes les branches concernées de cet arbre imposant dans une thèse. Le droit pénal constituant notre branche privilégiée pour appréhender le concept d'imitation, nous avons choisi les domaines qui nous paraissent être les plus pertinents pour, dans un premier temps, parvenir à une définition plus complète de cette notion, adaptable par la suite à l'analyse des faits juridiques.

8. *Choix d'une méthode de recherche.* Il nous semble en effet que seule une analyse

³¹R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, écrits en Latin, trad., Paris : P. Prault, 1651, p. 23.

³²V. notamment F. PIEROBON, *Kant et les mathématiques : la conception kantienne des mathématiques*, Paris : Vrin, 2003.

³³V. notamment A. CHRYSOSTOME QUATRIEME, dit DE QUINCY, *Essai sur la nature, le but et les moyens de l'imitation dans les beaux-arts*, Paris : Treuttel et Würtz, 1823.

³⁴V. notamment Ken PREPIN, *Développement et modélisation de capacités d'interactions homme-robots : L'imitation comme modèle de communication*, Ken Prepin, Thèse Paris, 2008 ; Ph. GAUSSIER, S. MOGA, J.-P. BANQUET, *Des boucles perception-action à l'imitation : une approche ascendante de l'apprentissage par imitation en robotique*, *Imiter pour découvrir l'humain*, Paris : PUF, pp. 153-188.

³⁵V. notamment J. PIAGET, *Les théories de l'imitation*, Suisse : S. éd., 1935 ; J. PIAGET, *La construction du réel chez l'enfant*, Lausanne : Delachaux et Nistlé, 6^{ème} éd., 1998 ; J. PIAGET, *La formation du symbole chez l'enfant*, Paris : Delachaux et Nistlé, 1998.

³⁶V. notamment, A. BANDURA, *Psychological modeling : Conflicting theories*, Chicago : Aldine-Atherton, 1971 ; A. BANDURA, *L'apprentissage social*, trad. J.-A. RONDAL, Bruxelles : Mardaga, 1980 ; MOORE, MELTZOFF, ZAJONC.

³⁷V. notamment G. GEBAUER, C. WULF, *Mimesis : culture, art, société*, trad. N. Heyblom, Paris : Les Editions du Cerf, 2005.

³⁸V. notamment RIZZOLATI, *infra* n°36 et s.

³⁹V. notamment G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Réimpression, Paris : Editions Kimé, 1993 ; G. TARDE, *L'opinion et la foule*, Paris : PUF, 1^{ère} éd., 1989 ; G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris : Edition Félix Alcan, 9^{ème} éd., 1905 ; S. SIGHELE, *La foule criminelle, Essai de psychologie collective*, Paris : Félix Alcan (Bibliothèque de philosophie contemporaine), 2^{ème} éd., 1901.

préalable de l'imitation issue de quelques apports des autres champs disciplinaires nous permettra, au vu de l'absence de définition précise en droit, d'en dégager sinon le sens universel du moins quelques éléments de compréhension. Il ne s'agit pas ici d'appliquer au droit pénal les théories de l'imitation des autres disciplines au risque de conduire à une interprétation abusive. Nous nous efforcerons davantage d'ébaucher un schéma conceptuel des composantes du comportement pour orienter et organiser notre recherche de l'imitation dans le champ pénal.

Nous avons en effet choisi de ne pas réduire l'imitation au constat d'un simple résultat ou effet mais de la concevoir comme un comportement dont il convient de rechercher les expressions possibles en matière pénale.

Pour cela, parce que l'imitation comportementale trouve une dimension cognitive ainsi que sociale, nous présenterons dans cette introduction les contributions des sciences humaines et sociales qui soulignent l'importance de l'imitation pour le développement de l'individu et les apprentissages, ainsi que pour analyser les phénomènes d'interactions sociales (Section I). Nous pourrions alors proposer une définition schématique et plus nuancée de l'imitation, en précisant notamment les éléments qui la constituent, lorsqu'elle est conçue comme un comportement et non comme son résultat (Section II).

SECTION I : DE LA *MIMESIS* A L'IMITATION. COMPREHENSION DE L'IMITATION PAR LES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES

9. ***L'imitation issue de la mimesis.*** La question de l'imitation chez l'homme n'est pas récente. Dès l'Antiquité, les questions sur ce thème intriguent déjà les grands classiques sous le terme de *mimesis*. Certes, la traduction de cette notion par le terme imitation suscite encore aujourd'hui bien des controverses ; mais son adaptation contemporaine, lorsqu'elle s'appuie sur l'héritage des anciens, permet de concevoir l'imitation comme une expression comportementale de la *mimesis* (I). Conçue comme un comportement, l'imitation a fait l'objet d'études dans tous les champs des sciences humaines, où elle apporte des éléments pour comprendre les mécanismes qui régissent le développement humain (II) et les interactions sociales ou antisociales (III).

I. L'imitation conçue comme une expression de la *mimesis*

10. ***Mimesis et imitation, des concepts intimement liés.*** Historiquement, c'est sous le terme de *mimesis* que les philosophes Antiques ont tenté de comprendre les actes de reproduction d'un modèle. Toutefois, sa traduction par le terme « imitation » a été critiquée par des auteurs qui soulignent sa fonction représentative. C'est pourquoi des auteurs comme MM. les professeurs Gunter GEBAUER et Christoph WULF⁴⁰ ont cherché à réhabiliter la notion de *mimesis*, tout en la distinguant de l'imitation. Ils ont notamment étudié son évolution dans la pensée occidentale et démontré qu'à chaque période historique, une interaction de conditions complexes produit « une forme particulière de *mimesis* »⁴¹. Ainsi, lorsqu'elle est introduite par les philosophes classiques, la *mimesis* est conçue comme une aptitude à évoluer dans la vie sociale grâce à ses fonctions esthétiques comme dans le domaine de l'éducation. Alors qu'au moyen âge par exemple, la *mimesis* permet d'intégrer les valeurs héritées de l'Antiquité et du christianisme pour les « réinterpréter » dans un contexte social où la référence à Dieu et au Christ régit toutes les activités humaines⁴².

Sans prétendre être exhaustif, nous avons cherché pour notre part à approfondir la notion de *mimesis*, telle qu'elle fut introduite originellement par PLATON et ARISTOTE (Paragraphe 1) et telle qu'elle est conçue par des auteurs plus contemporains dans ses rapports avec l'imitation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les classiques et la *mimesis* : les deux fonctions de la *mimesis*

11. ***L'approche philosophique du concept de mimesis.*** Introduit par PLATON, le concept de *mimesis* a été repris et développé par ARISTOTE et les enseignements de ces deux grands philosophes sont toujours précieux pour comprendre le processus et la finalité de l'imitation. PLATON et ARISTOTE ont étudié le rôle de la *mimesis* dans le domaine de l'apprentissage et

⁴⁰ V. Notamment C. WULF, *Penser les pratiques sociales comme rituels : ethnographie et genèse de communautés*, trad. N. Heyblom, Paris : L'Harmattan, 2004 ; C. WULF, *L'anthropologie de l'homme mondialisé : histoire et concepts*, Paris : CNRS éditions, 2013.

⁴¹ J.-P. FISCHER, J.-B. PERRET, La mimesis sociale : l'approche historique de Gunter Gebauer et Christoph Wulf, in *Hermès, La Revue*, 1998/1, n° 22, p. 64.

⁴² V. notamment R. BOURNEAUF, *Erich Auerbach, Mimésis, la représentation de la réalité dans la littérature occidentale*, in *Etudes littéraires*, vol. 2, 1969, p. 381. Le Professeur BOURNEAUF explique comment, à partir des textes d'Homère et de la Genèse, AUERBACH a traduit les « rapports au monde », a démontré que le christianisme a fait éclater les distinctions rhétoriques des genres et des styles léguées par l'Antiquité, réapparaissant, au XVII^{ème} siècle. Il se questionne sur les forces historiques qui s'assimilent à la littérature narrative.

de l'éducation (A), mais également dans celui de l'esthétisme et de l'art (B).

A. Mimesis, apprentissage et éducation

12. **Mimesis et éducation.** PLATON souligne l'importance de l'éducation dès le III^{ème} livre de La République⁴³. Et pour le philosophe classique, la *mimesis* permet l'éducation car elle oblige l'individu à établir une relation entre le monde et lui-même, au cours de l'enfance et tout au long de la vie. *Mimesis* d'hommes réels mais aussi de personnages imaginaires, tels que la poésie les conçoit, ont un effet éducatif. Elle exerce, dans ce sens, une influence déterminante sur l'univers des représentations des jeunes. Par conséquent, elle doit être contrôlée car elle peut également influencer leur façon d'agir : seuls des hommes exemplaires, susceptibles d'être imités, doivent être présentés aux adolescents.

Cependant, pour PLATON, la *mimesis* ne permet pas d'atteindre la véritable connaissance car elle relève du faux. La célèbre allégorie de la caverne illustre la pensée du philosophe⁴⁴ : Les hommes enchaînés dans la caverne recherchent la vérité par l'observation des ombres des hommes qui sont au dehors. Ils pensent atteindre le véritable savoir alors qu'il ne s'agit que de croyances et d'opinions. Les ombres ne sont que des imitations de ce qui se passe à l'extérieur. Il est donc nécessaire de « sortir de la caverne » pour connaître la vérité et atteindre la source de la connaissance représentée par le soleil. Ainsi, pour PLATON, la *mimesis* c'est-à-dire ici la représentation du réel ne peut prétendre conduire à la connaissance vraie, la vérité à laquelle il est sensible.

13. **Mimesis et apprentissage.** ARISTOTE, au contraire, développe une conception positive de la *mimesis*, à laquelle il attribue une fonction d'apprentissage. Selon lui, les hommes « diffèrent des autres animaux en ce qu'ils sont des êtres forts enclins à imiter et qu'ils commencent à apprendre à travers l'imitation »⁴⁵, et c'est donc parce que « tous les hommes ont naturellement le désir de savoir »⁴⁶ que « le fait d'imiter est inhérent à la nature humaine dès l'enfance »⁴⁷. Ainsi, si pour PLATON imiter ne rapproche pas de la connaissance de la vérité, pour ARISTOTE c'est bien cette action qui le permet.

⁴³PLATON, *La République*, trad. nouvelle R. BACCOU, Paris : Garnier Frères, 1950.

⁴⁴PLATON, *La République*, trad. nouvelle R. BACCOU, Paris : Garnier Frères, 1950, pp. 25-26.

⁴⁵ARISTOTE, *Poétique*, in *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. RUELLE, Paris : Garnier Frères, 1922.

⁴⁶ARISTOTE, *La Métaphysique*, trad. A. PIERRON, C. ZEVORT, Paris : Ebrard, Joubert, t. 1, 1840, p. 2.

⁴⁷ARISTOTE, *Poétique*, in *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. RUELLE, Paris : Garnier Frères, 1922, p. 6.

Parce que la *mimesis* permet une représentation du réel, les deux classiques ont également abordé cette notion dans ses rapports avec l'esthétisme - pour PLATON - et l'art en général - pour ARISTOTE - en livrant une réflexion sur les différentes fonctions de la *mimesis*.

B. Mimesis, esthétisme et art

14. **L'art de la tragédie.** PLATON nous livre une distinction conceptuelle sur le résultat possible d'une reproduction par imitation. Et la manière dont ARISTOTE décrit l'art de la tragédie nous paraît particulièrement intéressante pour notre étude du comportement d'imitation, c'est pourquoi nous développerons davantage ses positions en la matière.

15. **La fonction esthétique de la mimesis. L'art de la copie ou du simulacre.** Dans le Sophiste⁴⁸, PLATON décrit ainsi plusieurs *mimesis* auxquelles il attribue une fonction esthétique. L'art fabrique des images ; et il distingue deux types de *mimesis* : **l'art de copier** ou reproduire l'objet tel qu'il est en réalité et **l'art du simulacre** qui déforme le modèle de telle façon qu'il en fasse apparaître l'image pour un spectateur favorablement placé. PLATON considère que la deuxième forme de *mimesis* attire paradoxalement plus que la première car elle est plus persuasive. Dans le Cratyle, il développe ces deux aspects de la *mimesis* au sens esthétique, en distinguant l'art de la copie conforme et l'art de l'apparence illusoire⁴⁹.

16. **La mimesis n'est pas une simple copie.** D'une part, l'art de la copie cherche à reproduire l'image d'un objet tel qu'il est en réalité en respectant ses proportions et ses mesures réelles. La copie emprunte au modèle ses proportions « en longueur, largeur et profondeur, et en y ajoutant les couleurs convenables »⁵⁰. Si la reproduction est parfaite, la copie étant identique au modèle, comment distinguer l'original du résultat de l'imitation ? Pour PLATON, la copie doit rester seconde par rapport à l'original, et ne pas chercher à remplacer l'original. Il faut donc également entendre comme reproduction la copie qui ne cherche pas à se confondre au modèle – elle est une autre image. Et pour le philosophe, pour obtenir une image, il ne faut pas reproduire toutes les caractéristiques de l'objet imité, sinon l'image serait le modèle⁵¹. La bonne copie est celle

⁴⁸PLATON, *Le sophiste*, in Œuvres de Platon, trad. V. COUSIN, Paris : Rey et Gravier, t. XI, 1837.

⁴⁹PLATON, *Cratyle*, in Œuvres de Platon, trad. V. COUSIN, t. XI, Paris : Rey et Gravier, 1837, p. 134.

⁵⁰PLATON, *Le sophiste*, in Œuvres de Platon, trad. V. COUSIN, t. XI, Paris : Rey et Gravier, 1837, p. 219.

⁵¹V. PLATON, *Cratyle*, op. cit., p. 134. PLATON, aborde la question de la distinction du modèle et de l'image du modèle, de la confusion possible entre les deux. « Pour être image, il ne faut pas que l'image représente

qui traduit l'essence de l'objet représenté, en dégagant les caractéristiques distinctives du modèle. Elle doit viser la ressemblance et non l'identité. PLATON nous enseigne ainsi que ce n'est pas le résultat qui fait la *mimesis* mais bien une intentionnalité⁵² de l'imitateur, qui trouvera plus ou moins un résultat parfait ou ressemblant.

17. ***L'art du simulacre.*** D'autre part, l'art du simulacre est la reproduction de l'apparence de la chose⁵³. Il reproduit l'objet tel qu'il apparaît aux sens, par exemple un seul côté d'un objet si celui-ci est peint. Le modèle est grandement déformé mais la copie se fait passer pour le modèle par tromperie. Il s'agit d'un simulacre, qui se donne pour la réalité qu'il n'est pas. Pour PLATON, les artistes ne reproduisent pas la réalité mais une apparence de la réalité, en utilisant les séductions du sensible⁵⁴. Il dénonce la supercherie de l'artiste qui imite l'objet réel, ou du sophiste qui imite la vérité⁵⁵. L'imitation ici crée une apparence de la réalité, en laissant croire qu'elle est la réalité.

18. ***La fonction représentative de la mimesis : la nature innovante de l'art.*** Par la suite, c'est en voulant démontrer l'importance de l'art dans la vie des hommes qu'ARISTOTE a évoqué la notion de *mimesis*⁵⁶. Pour le philosophe, l'art est une activité proprement humaine, donc à même de permettre la compréhension de la nature de l'Homme⁵⁷. Il le définit comme tout procédé de fabrication d'objets utiles ou beaux, matériels ou intellectuels.

19. ***La mimesis n'est pas une simple copie.*** L'art produit des réalités qui peuvent ou non exister, selon la volonté et la capacité à produire de l'artiste. L'objet d'art reste inférieur à l'objet naturel. L'imitation ne cherche pas à produire une copie des choses naturelles, car ce serait impossible, mais plutôt à reproduire un procédé, des actions, pour réaliser une fin, qui peut donc comporter des erreurs. La nature est donc un modèle à imiter mais dans son fonctionnement,

complètement la chose imitée ».

⁵²Nous orthographierons l'intentionnalité dans son sens commun. Mais nous n'ignorons pas que dans la théorie de la connaissance, l'intentionnalité s'écrit avec un seul « n », lorsqu'elle est entendue dans un sens cognitif, c'est-à-dire la conscience visant un chose.

⁵³PLATON, *Le sophiste*, op. cit., p. 218.

⁵⁴PLATON, id., p. 220. Pour PLATON, les artistes s'inquiètent peu de la vérité et ils donnent à leurs œuvres, les proportions qu'ils « jugent devoir faire le plus bel effet ».

⁵⁵PLATON, dans *Le Sophiste*, dépeint quelque peu l'image du sophiste. Pour lui, ils peuvent parfois faire obstacle à la science. L'étranger finit par « ranger » le sophiste dans l'art de tromperie. V. PLATON, id., p. 222.

⁵⁶V. notamment ARISTOTE, *Poétique*, in *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. RUELLE, Paris : Garnier Frères, 1922.

⁵⁷ARISTOTE, *Poétique*, op. cit., p. 6. Cette imitation, pour ARISTOTE, permet notamment la différenciation de l'homme aux animaux.

par des actions qui conduiront à des objets imitant des objets naturels mais aussi des objets que la nature est impuissante à produire (un meuble à partir d'un tronc d'arbre ou encore une statue à partir d'un bloc de marbre)⁵⁸. L'art s'accomplit au regard de la nécessité ou de la vraisemblance de la nature. Et si l'art imite la nature, il ne peut le faire que par l'intermédiaire du langage des hommes⁵⁹. La *mimesis* suppose « l'existence d'une nature muette, qu'aucun nom ne parviendrait à révéler et que seul le langage parviendrait à rendre visible »⁶⁰.

L'art n'est donc pas simple imitation comprise comme copie de la nature. Il produit une présence qui se réfère à une réalité existante sans la copier à l'identique puisque le procédé pour représenter cette réalité diffère suivant les arts.

20. *Une production innovante.* La conception aristotélicienne de la *mimesis* est particulièrement illustrée par son étude de l'art de la tragédie. Comme la musique, cet art fait partie de la catégorie de la *mimesis*, qui est plutôt à entendre comme « représentation » ou « représentation ». Ce qui intéresse ARISTOTE ce n'est pas le rapport au modèle mais bien les moyens utilisés pour représenter le modèle. Pour lui, « la tragédie est une imitation non des hommes, mais des actions, de la vie, du bonheur et du malheur ; et en effet, le bonheur, le malheur, réside dans une action, et la fin est une action, non une qualité »⁶¹. La tragédie est donc imitation d'actions, « imitation de gens qui agissent »⁶².

L'art de la tragédie est donc *mimesis*, représentation d'actions (par le biais d'hommes en actions), mais elle ne se contente pas de les imiter. Une tragédie obéit à des règles de « mise en intrigue »⁶³ et elle ne reproduit pas une situation réelle mais propose une organisation des faits en un système, un tout, qui a « un commencement, un milieu et une fin »⁶⁴. Les actions ne doivent pas se suivre indifféremment mais s'enchaîner selon un lien de causalité, logique ou probable. La tragédie doit dire « de manière cohérente la signification de toute vie humaine »⁶⁵. ARISTOTE, pour M. Donini PIERLUIGI, « attend de la tragédie un plaisir fondé sur

⁵⁸V. PLATON, *La République*, in Œuvres de Platon, trad. V. COUSIN, Paris : Rey et Gravier, t. IX et X, 1837, p. 238 et s., parlant de l'artisan qui fabrique des meubles.

⁵⁹V. F. ANKAOUA, *Mimesis et Logos. De la scène comme lieu d'une traduction*, Insistance, vol. 4, n° 1, 2010, p. 98 et s.

⁶⁰F. ANKAOUA, id., p. 98.

⁶¹ARISTOTE, *Poétique*, op. cit., p. 14.

⁶²ARISTOTE, id., p. 16.

⁶³Selon l'expression de P. RICOEUR, *Temps et récit, 1. L'intrigue et le récit historique*, Paris : Seuil, t. 1, 1983.

⁶⁴ARISTOTE, *Poétique*, op. cit., p. 96

⁶⁵D. PIERLUIGI, *Mimesis tragique et apprentissage de la phronésis*, Les Études philosophiques, vol. 67, n° 4, 2003, p. 444.

l'intégration des émotions et de la connaissance »⁶⁶ ; et « quel que soit le côté exceptionnel ou inhabituel des événements racontés, c'est dans cette possibilité offerte au spectateur ou au lecteur de s'identifier à un personnage tragique, que consiste l'universalité de la tragédie »⁶⁷.

L'art de la tragédie ne consiste donc pas à raconter ou imiter la réalité mais à s'en inspirer pour décrire ce qui pourrait se passer. Il s'agit de **créer une histoire crédible, une fiction vraisemblable parce qu'elle a l'apparence, non pas de la réalité mais d'une réalité vraisemblable**. Ce qui sous-entend que si le poète racontait une histoire réelle mais incroyable, comme peut parfois en produire la nature, il ne produirait pas une bonne tragédie.

La tragédie est donc imitation d'hommes en actions mais une **imitation innovante, créatrice**. Ce qui intéresse ARISTOTE, c'est le pouvoir évocateur de la tragédie, la possibilité qu'elle offre, par *mimesis*, de mieux comprendre le réel, « le pourquoi des vicissitudes qui sont représentées »⁶⁸.

21. **Les effets de la mimesis.** Un des effets de la tragédie, parce qu'elle met en scène un enchaînement de faits vraisemblables, auquel le spectateur ou le lecteur pouvait s'attendre, est le plaisir de partager sensations et connaissances. Ce plaisir esthétique mène à la *catharsis*. La tragédie pour ARISTOTE doit émouvoir, susciter « crainte et pitié »⁶⁹. C'est en éprouvant des émotions fortes que le spectateur ou le lecteur s'identifie au héros et que l'histoire lui paraît vraisemblable. Cependant, **il vit en représentation, par mimétisme, ses émotions** et ne les subit pas en les vivant réellement pour lui-même. C'est dans ce sens que la tragédie réalise, selon ARISTOTE, une « épuration » des émotions. Elle est une imitation d'hommes en actions qui permet au spectateur en les contemplant et en ressentant les émotions attachées à ces actions, de se les représenter et de les connaître.

22. **Le double versant de la mimesis.** Selon les conceptions des deux classiques, nous pouvons relever que la *mimesis* renvoie à deux types d'objets modèles : imitation d'une chose, plus particulièrement évoquée par PLATON, ou bien celle d'une personne, à laquelle s'attache plus précisément ARISTOTE dans son étude de l'imitation des hommes et de leurs actions. Les

⁶⁶V. D. PIERLUIGI, id., p. 442. L'auteur tente de révéler « le plaisir propre » de la tragédie que décrit ARISTOTE et qui doit d'abord être un « plaisir de type fondamentalement cognitif » (1448 b 16), ensuite, un « plaisir lié à une « connaissance antérieure » de l'objet imité » (1448 b 17) puis un « plaisir qui vient à la suite de diverses émotions qui ont été précédemment suscitées par l'objet imité ».

⁶⁷D. PIERLUIGI, id., p. 444

⁶⁸D. PIERLUIGI, id., p. 446.

⁶⁹ARISTOTE, *Poétique*, op. cit., p. 100, 1452 a.

deux auteurs reconnaissent à la *mimesis* une fonction éducative⁷⁰ et d'apprentissage⁷¹ mais aussi une fonction esthétique⁷² et artistique⁷³. Dans tous les cas, la *mimesis* conduit à une reproduction qui peut être parfaite, exacte mais aussi à une copie ressemblante.

Notons enfin une différence fondamentale entre les deux classiques : PLATON souligne l'aspect négatif de la *mimesis* qui ne permet pas d'accéder à la connaissance « vraie » et qui peut, lorsqu'elle est simulacre, entraîner une tromperie. ARISTOTE s'attache davantage aux aspects positifs de la *mimesis*, source des apprentissages et des créations humaines, donc essentiellement productive, voire innovante. L'étude ultérieure des textes classiques a parfaitement illustré la richesse et la complexité du concept de *mimesis*. Assimilée au terme d'imitation par les premiers traducteurs, d'autres l'ont traduit directement par le terme représentation. Cependant, des auteurs ont réfuté ces équivalences, imitation ou représentation étant des termes trop réducteurs selon eux⁷⁴. Et certains se sont attachés à trouver une définition de la *mimesis* plus adaptée à notre époque.

Paragraphe 2. L'adaptation contemporaine de la notion de *mimesis* : la *mimesis*, plus qu'une simple imitation

23. ***Distinction entre mimesis et imitation.*** Si certains traducteurs des textes classiques ont remplacé le terme de *mimesis* par celui d'imitation, des auteurs contemporains ont souligné l'importance de distinguer les deux notions pour éviter maints contresens.

Héritée des anciens, l'approche philosophique contemporaine de ce concept met l'accent tantôt sur la fonction représentative de la *mimesis*, tantôt sur sa fonction de reproduction d'un modèle (A). Et dans ces nouvelles descriptions des processus mimétiques, où l'imitation joue un rôle non exclusif, on retrouve la même opposition observée chez les classiques, entre une approche centrée sur la fonction de cohésion sociale de la *mimesis* (B) et une autre qui y situe l'origine de la violence (C).

⁷⁰ Pour PLATON.

⁷¹ Pour ARISTOTE.

⁷² Pour PLATON.

⁷³ Pour ARISTOTE.

⁷⁴ V. notamment G. ROMEYER-DHERBEY, *Les choses mêmes : la pensée du réel chez Aristote*, Lausanne : Editions L'Age d'Homme, 1983, p. 136. L'auteur considère que l'imitation est à distinguer de la ressemblance. « Ou plutôt il existe une ressemblance extérieure et une ressemblance profonde, et cette dernière peut se passer de la stricte similitude. L'imitation superficielle peut en fait constituer une dissemblance profonde, comme on le voit dans la caricature ». Nous retiendrons de ces propos que l'imitation peut comprendre une innovation et permettre ainsi, si elle s'éloigne grandement du modèle, une chose nouvelle, même si elle est influencée par une autre.

A. La fonction symbolique de la *mimesis*

24. **Une fonction représentative.** Mme le Professeur Catherine PERRET est catégorique pour distinguer la *mimesis* de l'imitation. Elle définit en effet la *mimesis* comme « une pratique qui règle le rapport entre les images et les choses, qui dispose et qui stabilise la structure représentative de notre monde et constitue la réalité humaine comme double, simultanément réelle et fictive »⁷⁵. Pour elle, « la *mimesis* n'est pas une imitation » mais plutôt « un acte dont l'agent doit se dérouler en auteur, un acte médiatisé par une fiction, un acte qui suppose une désidentification »⁷⁶. « La fonction de la *mimesis* n'est ni l'imitation, ni l'expression, mais la symbolisation qui constitue la catharsis, en tant que sublimation de l'affect. *Mimesis* et catharsis sont ainsi les deux faces d'une seule et même opération »⁷⁷.

C'est la fonction de représentation du réel qui est soulignée par l'auteur, tout comme Paul RICOEUR pour qui « il faut donc entendre imitation ou représentation dans son sens dynamique de mise en représentation, de transposition dans les œuvres représentatives. [...] Si nous continuons à traduire *mimesis* par imitation, il faut entendre tout le contraire du décalque d'un réel préexistant et parler d'imitation créatrice. Et si nous traduisons *mimesis* par représentation, il ne faut pas entendre par ce mot quelque redoublement de présence »⁷⁸.

25. **L'imitation, cas particulier de représentation.** De même, à partir de l'analyse de toutes les significations données à la *mimesis* au cours de l'histoire, y compris contemporaine, MM. les Professeurs GEBAUER et WULF ont effectué une synthèse de « l'ensemble des phénomènes que recouvre le concept » et soulignent que « la *mimesis* n'est pas fondée sur la similarité et l'imitation n'en est qu'un cas particulier »⁷⁹. Elle est « **par nature intermédiaire** », « étirée entre deux mondes symboliques ». Car « le monde empirique n'est rien en lui-même. Il nécessite, pour être compris, la création mimétique d'un monde second — que ce soit pour expliquer ses images, révéler ses principes, reconstruire ce qu'il induit ou éprouver ses structures »⁸⁰. La *mimesis* permet à un individu, mais aussi à un groupe ou à une société de produire et s'approprier une représentation seconde du monde empirique. C'est pourquoi la

⁷⁵C. PERRET, *Les porteurs d'ombre. Mimesis et modernité*, Paris : Belin, 2001, p. 257.

⁷⁶C. PERRET, id., p 258.

⁷⁷C. PERRET, id., p 260.

⁷⁸P. RICOEUR, *Temps et récit, I. L'intrigue et le récit historique*, op.cit., p. 69.

⁷⁹ J.-P. FISCHER, J.-B. PERRET, *La mimesis sociale : l'approche historique de Gunter Gebauer et Christoph Wulf*, in *Hermès, La Revue*, 1998/1, n° 22, pp. 63-66.

⁸⁰J.-P. FISCHER, J.-B. PERRET, id., p. 63.

notion traverse toutes les disciplines qui étudient l'humain.

Au cours de ses expériences de vie, par mimétisme, l'individu se construit une **représentation du monde empirique, non identique par conséquent à ce monde premier, mais symbolique**. La *mimesis* est donc « un **mécanisme d'interprétation** qui isole un objet ou un événement de son contexte habituel et produit une perspective de réception qui diffère de celle dans lequel le monde de référence était perçu »⁸¹.

B. Le concept de mimésis sociale

26. **La définition de la mimesis sociale.** Selon MM. les Professeurs GEBAUER et WULF, la mimésis⁸² intervient dans presque tous les domaines de la pensée et de l'action humaine, comme « la cognition et l'action, les systèmes symboliques, les médias de communication, la relation entre le moi et les autres »⁸³. Les auteurs parlent de « mimésis sociale », décrite comme un processus complexe qui permet de construire un monde, monde réel et sensible, à partir d'un premier monde (empirique, fictif ou même symbolique, du passé ou d'ailleurs) mais en l'interprétant selon un contexte nouveau⁸⁴. Les êtres humains n'évoluent pas seulement dans le monde réel et sensible (composé d'actions, de sons, d'écrits, de rituels, etc.) mais dans les deux mondes. Car le monde second se réfère toujours au premier tout en proposant une nouvelle manière de voir les choses.

L'agir mimétique intervient dans toutes les interactions sociales car il est à la base de la relation entre le moi et les autres. Il se manifeste notamment dans le domaine de l'éducation, de la construction de l'identité et dans l'intégration et la cohésion des groupes sociaux. « Dans l'agir mimétique, un individu produit son propre monde, mais il se réfère pour cela à un autre monde qui est déjà là – en réalité ou en représentation »⁸⁵. Et les membres des groupes sociaux

⁸¹J.-P. FISCHER, J.-B. PERRET, id., p. 65.

⁸²Nous noterons que dans les textes contemporains le terme est orthographié « mimesis » ou « mimésis », avec un accent, selon les auteurs. Nous l'écrivons sous la deuxième forme pour une appréciation contemporaine de la notion.

⁸³J.-P. FISCHER, J.-B. PERRET, op. cit., p. 66.

⁸⁴G. GEBAUER, C. WULF, *Mimesis : culture, art, société*, trad. N. Heyblom, Paris : Les Editions du Cerf, 2005, p. 477 ; V. également D. JEFFREY, *Mimesis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter GEBAUER et Christoph WULF*, *Théâtralité et société : positions de la sociologie*, Cahier de recherche sociologique, n° 51, automne 2011, p. 33

⁸⁵G. GEBAUER, C. WULF, *Mimesis : culture, art, société*, op. cit., p. 477 ; V. également D. JEFFREY, *Mimesis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter GEBAUER et Christoph WULF*, *Théâtralité et société : positions de la sociologie*, Cahier de recherche sociologique, n° 51, automne 2011, p. 33.

« se reflètent « mimétiquement les uns dans les autres »⁸⁶ pour élaborer, par le jeu de leurs ressemblances et de leurs différences, leur identité et leur système de représentation et de compréhension du monde.

27. *Mimésis et apprentissages sociaux.* Dans la continuité de PLATON et d'ARISTOTE, les Professeurs GEBAUER et WULF ont mis en évidence le rôle de la mimésis dans les apprentissages, car c'est par mimétisme que les individus acquièrent la connaissance des habitudes et des rôles qu'ils auront à tenir en société. Son étude importante sur les rituels démontre par exemple comment ces pratiques sociales permettent la transmission des savoirs culturels d'une communauté. Qu'il s'agisse de rituels d'habitudes (salutations ou organisation des repas par exemple), de rituels calendaires (Noël, fête nationale) ou de rituels de passage accompagnant les grands événements de la vie (de la naissance à la mort, du monde des élèves à celui des actifs puis des retraités), la participation de l'individu à des mises en scène ritualisées (la décoration du sapin, la remise de diplôme, etc.) lui permet de se construire une représentation du monde auquel il appartient. Pour la communauté, le rituel a pour fonction essentielle d'induire des émotions communes et ainsi de **cimenter la cohésion sociale de ses membres**. Il peut également être organisé pour contenir les émotions individuelles sous une forme socialement admise (les rites funéraires par exemple). Pour l'individu, les rituels représentent un moyen d'adopter des attitudes et conduites adaptées à son milieu en toutes circonstances. Pour autant, et davantage encore à l'époque actuelle, il peut les interpréter librement de façon personnelle.

28. *Mimésis sociale et imitation.* La notion de mimésis ainsi conçue permet de comprendre que **l'imitation ne peut se réduire à la reproduction à l'identique d'un comportement apparent**. En effet, d'une part, l'individu construit son identité en essayant à la fois de ressembler à ceux qui l'entoure et de s'en différencier. D'autre part, si mimer autrui est d'abord, selon les auteurs, un acte corporel consistant à imiter ses gestes, ses expressions, attitudes, etc., c'est également une tentative pour reproduire les émotions et les intentions contenues dans ces expressions corporelles. L'acte mimétique comprend donc toujours **une part d'interprétation par l'imitateur**, qui peut conduire à des erreurs mais aussi « des choses nouvelles »⁸⁷. Et l'imitation peut alors **comporter des ajouts ou des soustractions par rapport au modèle**, être

⁸⁶Ibid.

⁸⁷G. GEBAUER, C. WULF, id., p. 34.

plus ou moins efficace pour atteindre l'effet attendu.

La notion de mimésis sociale souligne donc que **l'imitation, cas particulier du phénomène mimétique, est à la fois référence à un modèle et une interprétation de ce modèle, qui peut être identique ou différente, nouvelle**. Il reste à déterminer si l'on considère le résultat, le « monde second », comme inférieur ou supérieur au modèle.

C. Mimésis et violence sociale

29. **Le désir mimétique.** René GIRARD, quant à lui, a tenté d'élaborer une « théorie mimétique de la violence ». Il situe l'origine de la violence dans la mimésis par un rapport triangulaire, le désir étant non direct mais indirect. Pour cet auteur, **l'homme est animé d'un désir d'appropriation mimétique** : il imite autrui parce qu'il désire le même objet, non partageable et peu importe sa désirabilité. « Le désir est essentiellement mimétique, il se calque sur un désir modèle ; il élit le même objet que ce modèle ; « le sujet attend de cet autre qu'il lui dise ce qu'il faut désirer, pour acquérir cet être »⁸⁸. De ce fait, une rivalité mimétique naît et entraîne la violence⁸⁹, car autrui devient un obstacle à l'appropriation de l'objet du désir. Selon l'auteur, la solution que l'homme a trouvée pour contrer cette violence, qui est contagieuse, est la nomination d'une victime émissaire (« bouc émissaire ») : le sacrifice est la seule manière de « polarise[r] les tendances agressives sur des victimes réelles ou idéales, animées ou inanimées mais toujours non susceptibles d'être vengées ». Ces victimes sont prises hors du groupe voire sont choisies parmi les animaux. Ainsi pour éviter une violence de tous contre tous, on autorise une violence ponctuelle et nécessaire pour la communauté.

30. **Critiques du désir mimétique.** La mimésis de GIRARD semble être plutôt inconsciente, voire déterminée chez l'homme. Ce qui a d'ailleurs entraîné quelques critiques de la théorie girardienne. En effet, des auteurs ont pu lui reprocher de poser une thèse « totalitaire » et généraliste qui ne pouvait pas expliquer toutes les violences. Ainsi selon M. le Professeur Richard KEARNEY, la théorie de GIRARD ne peut pas être un mécanisme mimétique universel. En effet, il existe d'autres formes de violences, certains sacrifices ne pouvant être expliqués par

⁸⁸R. GIRARD, *Violence et sacré*, Paris : Hachette littératures, 1998, p. 217.

⁸⁹R. GIRARD parle de « double bind » : le modèle dit « imite-moi » et en même temps « ne m'imites pas » (R. GIRARD, op. cit., pp. 187-188).

ce désir mimétique⁹⁰. Plus durement, M. Luc DE HEUSH considère cette thèse comme une « conception psychologique arbitraire de la vie sociale »⁹¹. Cela étant, il a largement été reconnu à René GIRARD l'explication d'autres points tels que le désir consumériste ou encore le processus de désignation du coupable en tant de crise⁹².

31. *L'imitation, expression corporelle de la mimésis.* Au regard des travaux des philosophes, classiques ou plus contemporains, **l'imitation comportementale paraît constituer l'expression corporelle de la mimésis**, processus complexe qui établit une relation entre deux entités ou deux Êtres. Elle se présente elle-même comme un processus dynamique qui sous-tend le rapport entre un modèle, réel ou fictif, et son mime, et qui laisse ouverte la problématique de l'influence éventuelle du modèle sur l'imitateur et de la marge de liberté que conserve ce dernier dans l'acte mimétique. Plus fondamentalement, la mimésis et l'imitation soulèvent la question de leur effet sur les interactions sociales, perçu selon les auteurs comme positif (cohésion et nouveauté) ou plus négatif (générateur de violence).

Nous retiendrons pour notre part que **le comportement d'imitation est l'aspect observable d'un processus où la représentation mentale d'un modèle, élaborée par l'imitateur, amène celui-ci à produire des actes pour reproduire entièrement ou partiellement, parfaitement ou imparfaitement, les caractéristiques du modèle**. Nous pouvons alors parler d'une influence du modèle sur le mime mais également d'une représentation du modèle par le mime puisque le résultat de l'imitation fait référence au modèle tout en reflétant l'interprétation subjective qu'en a réalisée l'imitateur. Le modèle peut ainsi être reproduit, transformé voire donner lieu à une production nouvelle - mais qui fait toujours référence au modèle.

A la suite des grands philosophes qui ont rapporté la fonction de la *mimesis* dans l'éducation et les apprentissages, les sciences humaines ont plus particulièrement étudié le comportement d'imitation et mis en avant son rôle dans le développement de l'individu.

⁹⁰R. KEARNEY, *Terrorisme et sacrifice : le cas de l'Irlande du Nord*, Esprit, avril 1979, p. 41.

⁹¹L. DE HEUSCH, *Le Sacrifice dans les religions africaines*, Paris : Gallimard, 1986, pp. 35-36.

⁹²On pense à la tendance actuelle de certains groupes sociaux, d'attribuer la responsabilité de leurs difficultés à l'arrivée de personnes immigrées en France.

II. Imitation et développement individuel

32. *Imitation et sciences sociales.* De nombreux travaux en sciences humaines ont contribué à mettre en évidence le rôle de l'imitation dans les apprentissages et l'évolution de l'être humain. Les observations des psychologues spécialistes du développement (Paragraphe 1) ont été étayées par de récentes découvertes en neurologie (Paragraphe 2) tandis que la psychanalyse reconnaît à l'imitation un rôle primordial dans la construction de la personnalité (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. L'homme naît imitateur : apports de la psychologie génétique

33. *Le rôle fondamental de l'imitation.* La psychologie génétique est l'étude des facteurs - et de leur interaction - permettant le développement cognitif, affectif et social d'un individu. Parmi les processus de maturation psychologique de l'être humain, les auteurs reconnaissent à l'imitation un rôle fondamental dans les apprentissages et la socialisation de l'enfant. En premier lieu, étant admis que l'imitation s'acquiert avec l'entourage, les psychologues ont cherché à déterminer à partir de quel moment le jeune enfant possède la capacité à imiter.

34. *Une compétence précoce, voire innée.* Le psychologue généticien et épistémologiste PIAGET a démontré, par l'observation minutieuse de très jeunes enfants, l'apparition et le développement très précoce de l'imitation chez l'être humain⁹³. A partir d'un mois en effet, l'enfant est capable de répéter des mouvements qu'il a découvert sur son propre corps - on parle d'« imitation intrapersonnelle ». Et très rapidement, il est en mesure de répéter des mouvements et expressions de son entourage - « imitation interpersonnelle » - et parviendra plus tard à une « imitation intériorisée » ou « imitation représentative » c'est-à-dire en l'absence du modèle⁹⁴.

⁹³ V. sur ce point, G. KUGIUMUTZAKIS, *Le développement de l'imitation précoce de modèles faciaux et vocaux*, in *Enfance*, t. 49, n°1, 1996, pp. 21-25. Le professeur investigate sur les phénomènes d'imitation précoce faciale et vocale de l'enfant dans l'environnement familial à partir de la première heure après l'accouchement jusqu'à l'âge de 6 mois.

⁹⁴ V. J. PIAGET, *La formation du symbole chez l'enfant*, op. cit. PIAGET conceptualise l'évolution de l'enfant en une succession de stades, de la naissance à l'adolescence, notamment pour décrire le développement de l'intelligence. L'imitation y tient un rôle considérable, apparaissant au stade sensori-moteur de la naissance à deux ans, lui-même divisé en six sous-stades pendant lesquels l'enfant apprend progressivement à imiter, jusqu'à pouvoir reproduire une action en l'absence du modèle, celui-ci étant mentalement intériorisé.

Prévalente jusqu'aux années 70, cette conception piagétienne d'un apprentissage précoce de l'imitation a cependant été remise en cause par d'autres psychologues qui ont pu mettre en évidence un phénomène d'imitation dès les premières heures suivant la naissance⁹⁵. Un auteur rapporte les constatations de MELTZOFF et MOORE⁹⁶ démontrant que l'enfant, dès ses douze premiers jours, peut reproduire des gestes sur une partie de son corps invisible pour lui tel que son visage. Et selon ces chercheurs, le nouveau-né âgé de quelques heures peut imiter les actes humains⁹⁷. Ces observations suggèrent que la capacité imitative est peut-être innée mais l'expérience recensée limite sa conclusion à des comportements non complexes⁹⁸.

Un débat sur l'imitation divise encore les chercheurs mais il est possible aujourd'hui d'affirmer que, selon la théorie de l'imitation néonatale, il existe bien une capacité d'imitation dès la naissance⁹⁹. **L'homme naît imitateur.**

35. Imitation, développement et transmission de modèles de comportements. Au regard de la psychologie du développement, l'imitation s'exerce d'abord sur soi puis conduit progressivement à la reproduction des actes d'autrui. Pour MELTZOFF et MOORE, « l'imitation est un fondement biologique de la culture qui assure la préservation et la transmission intergénérationnelle des modèles acquis de comportements »¹⁰⁰. Ces auteurs soulignent « l'importance des fonctions et du rôle psychologiques de l'imitation, sans laquelle la culture ne pourrait survivre ni l'esprit humain atteindre le niveau qui est le sien »¹⁰¹.

⁹⁵En 1945, R. ZAZZO avait déjà constaté chez son propre fils un tel phénomène (V. R. ZAZZO, *Le problème de l'imitation chez le nouveau-né*, Enfance, t. 10, n° 2, 1957, p. 135). Mais la remise en question de la théorie de l'imitation chez PIAGET se produisit dans les années 70 avec MARATOS (V. O. MARATOS, *Trends in the development of imitation in early infancy*, T. G. BEVER (dir.), *Regressions in Mental Development : Basic phenomena and theories*, New Jersey : Laurence Erlbaum Associates, 1982, pp. 81-101), et surtout MELTZOFF et MOORE (A. N. MELTZOFF, M. K. MOORE, *Imitation of facial and manual gestures by human neonates*, n° 198, 1977, pp. 75-78).

⁹⁶A. N. MELTZOFF, M. K. MOORE, *Imitation of facial and manual gestures by human neonates*, n° 198, 1977, pp. 75-78.

⁹⁷Certains suivront les constatations de MELTZOFF et MOORE, d'autres au contraire les critiqueront. V. notamment E. S. SPELKE, K. BREINLINGER, J. MACOMBER, K. JACOBSON, *Origins of knowledge*, *Psychological Review*, n° 99, pp. 605-632.

⁹⁸Il ne s'agit cependant que de gestes et d'actions non complexes notamment les mouvements de la tête.

⁹⁹Pour MELTZOFF et MOORE, le déclin de l'imitation observé à 3-4 mois ne signifie pas que l'enfant en a perdu la capacité et ils évoquent une interprétation incorrecte des faits. Selon ces auteurs, si l'enfant de cet âge n'imitait pas systématiquement lors de ses rencontres sociales (contrairement aux plus jeunes), c'est parce qu'il a la capacité de privilégier les moments où l'adulte recherche des jeux typiquement interactifs (agiter la tête, gazouiller, etc.). C'est la perception, nouvellement acquise, des attentes sociales d'autrui qui interfère avec la motivation de l'enfant à imiter. De même, les auteurs insistent sur la coexistence très précoce de l'imitation de soi et d'autrui (notamment des expressions du visage, dès les premières heures de la vie). V. A. N. MELTZOFF, M. K. MOORE, *Imitation of facial and manual gestures by human neonates*, op. cit., pp. 75-78.

¹⁰⁰A. N. MELTZOFF, M. K. MOORE, *Imitation et développement humain : les premiers temps de la vie*, Terrain, n° 44, 2005, pp. 71-90, dans le résumé de leur article.

¹⁰¹Ibid.

De ces travaux nous retiendrons que l'imitation peut être imitation de soi¹⁰² autant que celle d'autrui. Dans le premier cas, elle permet à l'enfant de maîtriser son corps en adoptant des mouvements adaptés à son environnement et de construire son schéma corporel, c'est-à-dire la représentation mentale de son corps propre. L'être humain est donc son premier modèle¹⁰³ et cette imitation de soi perdure tout au long de la vie. En même temps, l'imitation d'autrui intervient dès la naissance, jouant un rôle déterminant dans l'apprentissage de comportements modèles.

A la suite des psychologues, la découverte des neurones miroirs est venue étayer la thèse d'un fondement biologique des phénomènes d'imitation.

Paragraphe 2. Les neurones-miroirs, supports biologiques de l'imitation : apports de la neurologie

36. *L'intentionnalité de l'imitation grâce à une représentation modèle.* Mme le Professeur Jacqueline NADEL souligne qu'une caractéristique de l'imitation est l'intentionnalité qui précède la reproduction de l'acte. Elle fait ainsi la distinction entre d'une part, « faire pareil sans chercher à imiter » et d'autre part, « imiter » qui suppose une volonté de l'imitateur à reproduire l'acte d'autrui. Dans ce dernier cas, même si l'action semble nouvelle pour le sujet, la reproduction du comportement de soi ou d'autrui est rendue possible grâce à un **processus psychologique de représentation motrice de l'action modèle**¹⁰⁴ (représentation d'actions et imitation différée par rapport à l'observation du modèle).

37. *Un codage neurologique de la représentation du modèle.* Cette thèse a été confirmée dans les années 90 par les travaux de M. le Professeur Giacomo RIZOOLATTI, neurologue, qui a découvert le système des neurones-miroirs, structure du cerveau impliquée dans les comportements d'imitation. D'abord observés chez le singe puis chez l'homme, les neurones-

¹⁰²E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Imiter, proposant en sixième sens du terme imiter, la forme pronominale « s'imiter » qui signifie faire ce qu'on a déjà fait.

¹⁰³V. sur ce point J. PIAGET, B. INHELDER (contrib.), *La psychologie de l'enfant*, Paris : PUF, 19^{ème} éd., 2003, p. 11. PIAGET parle de schème de comportement pour définir « la structure ou l'organisation des actions telles qu'elles se transfèrent ou se généralisent lors de la répétition de cette action en des circonstances semblables ou analogues ». La répétition d'un acte est possible si ce dernier est « conservé » dans l'esprit de l'individu. Ce qui peut alors aboutir à une certaine habitude du fait d'une répétition de ses propres gestes. L'acte est pris comme une norme à suivre, un modèle comportemental justifiant la même réponse pour un même environnement.

¹⁰⁴J. NADEL, *Imiter pour grandir : Développement du bébé et de l'enfant avec autisme*, Paris : Dunod, 2011, p. 88.

miroirs permettent « de coder des actes moteurs transitifs et intransitifs »¹⁰⁵. Car ces neurones s'activent lors de l'exécution d'un geste par soi-même mais également lors de l'observation de l'accomplissement de ce geste par autrui. Ils garantissent le codage de l'acte observé, mais permettent également une anticipation de l'intention de la personne observée¹⁰⁶. Ainsi il n'est pas utile de passer par une « opération de connaissance »¹⁰⁷ puisque les neurones-miroirs rendent possible une compréhension immédiate des actions, mais aussi de leur contexte. De même, ces neurones permettraient l'empathie car ils s'activent de la même manière lorsqu'on ressent une émotion et lorsqu'on observe autrui dans un état émotionnel particulier : on se met à sa place.

Le système des neurones-miroirs n'intervient que si l'acte est accompli par un individu de la même espèce que l'observateur. Autrement dit, les actions doivent appartenir à notre « vocabulaire d'actes » et relever de « notre connaissance motrice »¹⁰⁸. De cette manière, ce système neuronal assure la « reconnaissance et la compréhension du sens des événements moteurs », autrement dit « des actions d'autrui »¹⁰⁹. L'auteur évoque des « patterns moteurs déjà existants » dans notre patrimoine neuronal¹¹⁰.

38. *L'intentionnalité, un élément essentiel de l'imitation.* En ce qui concerne plus précisément l'imitation, et au regard de l'évolution de la définition de cette notion, le Professeur Giacomo RIZZOLATTI établit la distinction entre deux types d'imitation : celle où l'acte à reproduire fait partie du patrimoine moteur et celle où au contraire cet acte est totalement inédit. Il en déduit que la « capacité d'imitation n'est pas déterminée par la richesse du patrimoine moteur »¹¹¹.

¹⁰⁵G. RIZZOLATTI, *Les neurones miroirs*, Paris : Sciences, 2007, p. 160.

¹⁰⁶Le neurologue ne nie pas toutefois que cette anticipation de l'intention de l'acte soit parfois erronée puisque l'on essaie de comprendre l'acte au regard de nos propres croyances, désirs ou encore attentes. Par ailleurs, les intentions peuvent changer au cours de l'acte. (G. RIZZOLATTI, op. cit. p. 140 et s.).

¹⁰⁷G. RIZZOLATTI, id., p. 143.

¹⁰⁸G. RIZZOLATTI, id., p. 138. Ce système n'est pas actif si par exemple un humain observe un oiseau voler.

¹⁰⁹G. RIZZOLATTI, id., p. 111. Certains auteurs (V. notamment M. JEANNEROD, *La fabrique des idées*, Paris : Odile Jacob, 2001, p. 108), considèrent que les neurones miroirs interviendraient aussi dans l'apprentissage par imitation mais Rizzolatti limite leur finalité à cette fonction de reconnaissance et de compréhension de l'action d'autrui.

¹¹⁰G. RIZZOLATTI, id., p. 112.

¹¹¹G. RIZZOLATTI, id., p. 160. Pour le biologiste, cette aptitude à pouvoir imiter ne s'explique pas seulement par le système miroir : il est « une condition nécessaire mais non suffisante pour procéder à une imitation » puisqu'il doit exister à côté un double contrôle à la fois facilitateur et inhibiteur. Ce contrôle permet d'éviter la reproduction immédiate de façon réflexe. Mais le neurologue ajoute toutefois qu'il est possible de penser qu'une « libération » motrice pourrait être due à une atténuation des mécanismes de contrôle liée à des phénomènes de participation émotionnelle, donnant lieu à l'apparition de mouvements, voire d'actions, qui, normalement, seraient restées à l'état potentiel dans le système des neurones miroirs. » Nous verrons que ces « phénomènes

Les travaux de ce chercheur étayent la thèse d'une représentation mentale du comportement modèle, antérieure à l'imitation, et proposent une explication biologique, par l'activité des neurones miroirs, à la part d'intentionnalité dans ce comportement. Nous pouvons donc retenir l'intentionnalité comme un élément essentiel pour la définition des comportements d'imitation, jointe à la nécessité d'une représentation du modèle par l'imitateur.

C'est la notion de modèle qui intéresse également les psychanalystes lorsqu'ils décrivent des phénomènes d'identification dans lesquels l'imitation tient une part non négligeable.

Paragraphe 3. L'imitation, une question d'identité et d'identification : apports de la psychanalyse

39. *L'identification, ou imitation d'une personne.* La psychanalyse étudie les processus psychiques en jeu dans les relations et comportements humains et elle s'est intéressée à l'imitation en développant la notion d'identification. Selon LAPLANCHE et PONTALIS, l'identification est un « processus psychologique par lequel un sujet assimile un aspect, une propriété, un attribut de l'autre et se transforme, totalement ou partiellement, **sur le modèle de celui-ci**. La personnalité constitue et se différencie par une série d'identifications »¹¹².

Nous retrouvons ici la notion de « prendre pour modèle » qui correspond à notre première définition de l'imitation, à la différence que ce modèle n'est pas un comportement particulier mais une personne. L'identification apparaît alors comme le versant psychique de l'imitation puisque l'accent est mis sur les transformations de la personnalité consécutifs aux différentes imitations personnelles. Et l'on comprend que ce processus d'identification s'observe particulièrement chez l'enfant et l'adolescent¹¹³.

FREUD a été l'un des premiers auteurs à avoir étudié l'identification¹¹⁴. Un tel processus serait « destiné à éviter la peine et à procurer la joie ; son but est de rendre familier et agréable

de participation émotionnelle » rappellent ceux que d'autres auteurs désignent par une « contagion » des émotions pouvant favoriser l'imitation.

¹¹² J. LAPLANCHE, J.-B. PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, Paris : PUF, 5^{ème} éd., 2007, V^o Identification.

¹¹³ V. E. H. ERIKSON, *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris : Flammarion, 2011, p. 167. ERIKSON écrit que « [L'adolescence] surgit de la répudiation sélective et de l'assimilation mutuelle des identifications de l'enfant ainsi que de leur absorption dans une nouvelle configuration qui, à son tour, dépend du processus grâce auquel une société identifie le jeune individu en le reconnaissant comme quelqu'un qui avait à devenir ce qu'il est ».

¹¹⁴ V. S. FREUD, *L'identification : l'autre, c'est moi*, Paris : Tchou, 1994, p.11. FREUD en a donné trois acceptions : « dans le sens didactique, l'identification représente l'acte intellectuel de comprendre deux choses sous une même idée ; dans le sens moral, elle exprime le fait qu'une chose prend le caractère d'une autre ; d'un point de vue affectif enfin, s'identifier se dit d'une personne qui pénètre bien des sentiments des autres ».

le monde extérieur inconnu, donc redoutable »¹¹⁵. Ainsi, l'identification permettrait-elle la construction de l'identité.

40. *Une appropriation des caractéristiques du modèle.* D'abord trouvés dans le cadre de la famille, les modèles d'identification deviennent de plus en plus nombreux¹¹⁶. FREUD précise que les identifications « ne procèdent pas seulement des groupes d'appartenance mais aussi des groupes de référence dans lesquels le sujet puise ses modèles ou auxquels il cherche à s'intégrer »¹¹⁷.

Le psychanalyste fait de l'identification l'opération par laquelle le sujet humain se constitue¹¹⁸. Certes les faits dits d'imitation, de contagion mentale étaient connus de longue date, mais FREUD va plus loin en évoquant l'existence d'un élément inconscient commun aux personnes en cause : « **l'identification n'est pas simplement imitation, mais appropriation** fondée sur la prétention à une étiologie commune ; elle exprime "un tout comme si" et se rapporte à un élément commun qui demeure dans l'inconscient »¹¹⁹.

L'imitateur d'une caractéristique personnelle d'autrui peut intégrer cette caractéristique à sa personnalité « tout comme s'il » était cet autre. FREUD ajoute « Cet élément commun est un fantasme : ainsi l'agoraphobe s'identifie inconsciemment avec une "fille des rues" et son symptôme est une défense contre cette identification et contre le désir sexuel que celle-ci suppose »¹²⁰. Ce qui signifie que sans son symptôme qui l'empêche de sortir, la personne imiterait les agissements d'une prostituée parce qu'elle se représente elle-même comme telle. Enfin, FREUD note très tôt que plusieurs identifications peuvent coexister : « le fait de l'identification autorise peut-être un emploi littéral de l'expression : pluralité des personnes psychiques »¹²¹.

41. *L'importance des identifications.* Ces apports théoriques nous révèlent combien l'imitation, au travers des identifications qu'elle permet, est essentielle au développement de l'individu. Elle entraîne une appropriation pour soi d'éléments de l'identité d'un autre.

Selon Mme Catherine HALPERN, les identifications perdurent tout au long de

¹¹⁵S. FREUD, id., p. 49.

¹¹⁶Ibid.

¹¹⁷Ibid. « Elles ne traduisent pas uniquement la position de l'individu, déterminée par son histoire et son statut social, mais aussi ses anticipations et ses aspirations ».

¹¹⁸Après l'avoir étudiée à propos des symptômes hystériques.

¹¹⁹S. FREUD, *L'identification : l'autre, c'est moi*, op. cit., p. 49.

¹²⁰Ibid.

¹²¹Ibid.

l'existence car « autrui est, aux différentes étapes de la vie, un miroir dont chacun a besoin pour se reconnaître lui-même »¹²². L'auteur rappelle que, si l'identification débute pendant l'enfance, elle n'atteint pas son paroxysme à l'adolescence. En effet, du fait des différentes appartenances et références de l'individu, son identité évolue tout au long de sa vie. Elle considère que « la construction identitaire apparaît bien comme un processus dynamique, marqué par des ruptures et des crises, inachevé et toujours repris »¹²³. Dans ce sens, différents facteurs peuvent « affecter plus ou moins profondément l'identité »¹²⁴. Notamment, les différents groupes auxquels l'individu s'intégrera pourront entraîner un changement identitaire, et par exemple expliquer qu'un individu devienne délinquant sans antécédents, par imitation des membres de ses groupes d'appartenance.

Ce sont ces phénomènes sociaux, dans lesquels l'imitation d'autrui apparaît comme un facteur déterminant, que ce sont appliquées à décrire diverses sciences sociales.

III. Imitation et faits sociaux

42. *Rôle de l'imitation.* Les relations interindividuelles favorisent l'imitation et les sciences sociales - comme la sociologie et la psychologie sociale - en font un facteur important d'apprentissage des normes sociales (Paragraphe 1). Parfois ce sont des valeurs antisociales qui sont transmises et certains auteurs attribuent à l'imitation un rôle non négligeable dans la genèse du crime (Paragraphe 2). Enfin, les individus ne se comportent pas de la même manière suivant qu'ils se trouvent regroupés en masse ou en plus petit nombre et l'imitation mutuelle et interactive a particulièrement été étudiée dans les groupes (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Imitation et apprentissage social : apports de la psychologie sociale

43. *Imitation et socialisation de l'individu.* ZAJONC définit la psychologie sociale comme une branche de la psychologie qui « traite de la dépendance et de l'interdépendance comportementales entre les individus » en « s'appuyant sur les lois de la psychologie générale

¹²²C. HALPERN, *Identités : l'individu, le groupe, la société*, Auxerre : Sciences humaines édition, 2009, pp. 32-33. HALPERN cite George H. MEAD qui considère qu'« il se développe chez un individu donné comme résultat des relations que ce dernier soutient avec la totalité des processus sociaux et avec les individus qui y sont engagés » (G. H. MEAD, *L'Esprit, le soi et la société*, Paris PUF, 1963).

¹²³C. HALPERN, id., p. 35.

¹²⁴Ibid.

et expérimentale »¹²⁵.

Pour cet auteur, l'imitation est une « forme d'apprentissage social au cours duquel un sujet observateur apprend les actes ou une partie des actes d'un congénère démonstrateur »¹²⁶. Elle permet à la fois le développement cognitif de l'homme et sa **socialisation**.

44. ***Apprentissage par imitation d'un modèle par un mime.*** L'imitation peut être immédiate, décalée ou différée¹²⁷. Si la première forme d'imitation est plutôt communicative, les deux autres permettent un apprentissage de l'acte produit et reproduit.

Contrairement à certains auteurs tels que DORE et MERCIER¹²⁸, ZAJONC établit une nette différenciation entre l'apprentissage par observation et l'apprentissage par imitation. Selon lui, on parle d'**apprentissage par observation** lorsque sont impliqués un modèle, un mime ou apprenti mais aussi les stimuli de l'environnement physique et social. Cet apprentissage par observation entraîne alors, par la suite, une imitation, voire une contre-imitation. En effet, le mime peut choisir de reproduire ou au contraire de ne pas reproduire, et pour cela il « est gouverné par les stimuli de l'environnement qui ont fait réagir le modèle »¹²⁹.

En revanche, dans l'**apprentissage par imitation**, « l'indice essentiel est le comportement du modèle lui-même »¹³⁰, que le mime apprend et reproduit.

Cette distinction nous paraît essentielle. L'apprentissage par observation ne saurait être confondu avec l'apprentissage par imitation dans la mesure où dans le premier cas, il n'y a pas nécessairement imitation du comportement du modèle, notamment si « l'apprenti » a observé un résultat dommageable et a donc appris, non pas à reproduire, mais à éviter le comportement en cause¹³¹. Alors que dans l'apprentissage par imitation, **le mime apprend toujours à reproduire l'action du modèle**. Ce qui suggère une adhésion voire une certaine entente entre le mime et le modèle.

Or des auteurs ont montré que l'imitation est aussi un moyen d'influence à double sens : allant du mime au modèle mais également du modèle au mime¹³². L'imitation est ici comprise

¹²⁵R. ZAJONC, *Psychologie sociale expérimentale*, Paris : Dunod, 1972, p. 3.

¹²⁶H. BLOCH, R. CHEMANA, E. DEPRET, et al., *Grand dictionnaire de la psychologie*, Paris : Larousse, 1999, V° Imitation.

¹²⁷J. NADEL, *Imiter pour grandir : Développement du bébé et de l'enfant avec autisme*, op. cit., p. 17.

¹²⁸V. F. DORE, P. MERCIER, *Les fondements de l'apprentissage et de la cognition*, Paris : G. Morin, 1992.

¹²⁹R. ZAJONC, *Psychologie sociale expérimentale*, op. cit., p. 34

¹³⁰Ibid.

¹³¹On pourrait cependant parler de « contre-imitation ». Mais nous n'irons pas jusqu'à considérer que ce comportement s'entend comme une sorte d'imitation. En effet, aucun geste de reproduction n'est envisagé.

¹³²THELEN, DOLLINGER et ROBERTS en 1975 ont étudié le comportement d'imitation dans une expérience réalisée entre des enfants et des adultes (rapportée par J. NADEL qui se demande si être imité ne modifierait

comme une forme d'interaction sociale, où **le modèle ajuste son comportement à celui de l'imitateur.**

Et cette idée d'apprentissage et d'influence mutuelle se retrouve également en matière de criminologie.

Paragraphe 2. Apprentissage du crime par imitation : apports de la criminologie

45. *Imitation et genèse du crime.* TARDE, également reconnu comme philosophe et criminologue, étudie l'imitation notamment dans *La philosophie pénale* et *Les lois de l'imitation*. Son analyse des phénomènes de délinquance met particulièrement en évidence le rôle de l'imitation dans la genèse du crime. Rejetant la théorie et l'approche biologique de LOMBROSO, TARDE insiste sur les facteurs sociologiques mais aussi psychologiques du crime¹³³. Selon lui, le crime est un fait social s'adaptant à l'évolution de la société et n'existant que par imitation. L'Homme ne naît donc pas criminel mais le devient en fonction de l'opinion et de la législation évolutive. Et l'imitation est le facteur essentiel du crime car « tous les actes importants de la vie sociale sont exécutés sous l'empire de l'exemple. On tue ou ne tue pas, par imitation »¹³⁴.

46. *Habitudes créées par imitations successives.* L'auteur fait de l'imitation le précurseur de l'habitude. Ainsi parle-t-il d'une imitation pré-sociale pour définir l'imitation de soi aboutissant à une habitude plutôt individuelle¹³⁵ et d'une imitation sociale pour définir l'imitation d'autrui aboutissant à une habitude collective¹³⁶. Avant lui, des auteurs avaient déjà liées les notions d'imitation et d'habitude¹³⁷. Pour GÉRANDO, l'habitude est « une sorte d'imitation qui consiste à se copier soi-même »¹³⁸.

pas les attitudes du modèle vis-à-vis de celui qui l'imité). Ils ont pu observer que les imitateurs étaient préférés aux non-imitateurs. Ainsi imiter augmente-il *a priori* l'attraction du modèle envers l'imitateur. V. J. NADEL, *Imiter pour grandir, Développement du bébé et de l'enfant avec autisme*, Paris : Dunod, 1^{ère} éd., 2011, pp. 73-74.

¹³³ A cet égard, on parle de l'école de l'interpsychologie.

¹³⁴ G. TARDE, *La Philosophie pénale*, Etudes pénales et sociales, Paris: Éditions Cujas, 1972, p. 323 ; V. également sur la récidive J.-M. TRIGEAUD, *L'homme Coupable, Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bordeaux : Editions Bière, 1999, p. 130, pour une étude approfondie de la récidive chez ST THOMAS.

¹³⁵ G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, réimpression : Paris: Éditions Kimé, 1993, p. 112.

¹³⁶ G. TARDE, id., p.112. « Si l'idée ou image remémorée a été déposée originellement dans l'esprit par une conversation ou une lecture, si l'acte habituel a eu pour origine la vue ou la connaissance d'une action analogue d'autrui, cette mémoire et cette habitude sont des faits sociaux en même temps que psychologiques [...]. Celle-ci est une mémoire et une habitude, non individuelles, mais collectives ».

¹³⁷ M.-F.-P. MAINE DE BIRAN, *Influence de l'habitude sur la faculté de penser*, Paris : Henriches, 1803, pp. 249-250. MAINE DE BIRAN souligne que la reproduction d'action permet de contracter une habitude, « une précision, une régularité particulière ».

¹³⁸ J.-M. GÉRANDO, *Du perfectionnement moral, ou de l'éducation de soi-même*, Bruxelles : Hauman, t. 4, 8^{ème}

Selon TARDE, **l'habitude pourrait être la conséquence d'une imitation d'autrui**. Toutefois, l'habitude collective ne renvoie pas à un comportement *stricto sensu*. Elle est, certes, créée par des comportements, mais reflète avant tout une **norme de référence**, ou plus exactement une **valeur**.

En effet, l'habitude collective, ou coutume, peut être définie comme le fait de répéter un usage posé dans un groupe social. Elle est une pratique habituellement admise par un ensemble d'individus dans un domaine particulier. C'est parce les membres du groupe se sont imités que, peu à peu, cette pratique est devenue une habitude dans le groupe.

Cela étant, l'usage dans un certain domaine ne saurait se traduire ensuite par une imitation de l'ensemble de la collectivité. En effet, la coutume dans un groupe se définit par la normalisation d'un acte répété de manière courante dans un groupe social, c'est-à-dire par la majorité de ses membres. Dans ce sens, c'est parce que l'acte est répété et imité de certains hommes à d'autres hommes (mais pas de tous) que l'on va considérer qu'il est inscrit dans la coutume. Ainsi ce n'est pas parce que l'un d'entre eux ne suit pas l'usage qu'il disparaît. Par cette répétition majoritaire, la coutume devient une norme de valeur - norme n'étant pas entendue ici au sens juridique car il peut s'agir d'une norme antisociale : elle est une normalisation du comportement licite ou illicite.

TARDE considère cette habitude collective comme pouvant être une source du crime : « On tue ou on ne tue pas par imitation »¹³⁹. Dans ce sens, si un groupe a pour habitude majoritaire la délinquance, certains membres deviennent délinquants par imitation, en suivant l'exemple des autres membres du groupe. Et l'habitude peut se définir parfois comme une norme ou valeur¹⁴⁰.

47. Habitudes individuelles ou collectives. Il est notable que TARDE, dans ses deux ouvrages principaux, développe assez peu l'imitation de soi, et donc l'habitude individuelle. L'auteur évoque toutefois l'imitation de soi à l'origine de la répétition de faits délictueux, comme

éd., 1844, p. 7. Cette étude est intéressante dans la mesure où, à la différence de cet auteur, on a pu conclure à une déresponsabilisation de l'individu qui agirait par imitation. Ce qui semble être le cas lorsqu'elle conduit à une habitude, un automatisme, résultant d'un asservissement de la volonté de l'acte. GERANDO évoque une autre sorte d'imitation entraînant des habitudes qui restent libres et réfléchies. Contrairement à la première, cette dernière laisse ouverte la question de la responsabilité de l'imitateur. En outre, pour l'auteur, l'imitation a quelque chose de supérieur à l'habitude proprement dite car la première suppose un commencement d'observation et une certaine sympathie, alors que la seconde est solitaire. Il faut cependant remarquer que l'auteur ne faisait aucune référence au crime.

¹³⁹G. TARDE, *La Philosophie pénale*, op. cit., p 323.

¹⁴⁰ Nous avons délibérément choisi d'utiliser le terme de « valeur » et non de « normes » pour éviter une confusion avec le sens juridique de ce dernier terme.

une habitude, une « récidive »¹⁴¹, sans pour autant aller plus loin.

L'imitation de soi peut être difficile à concevoir. TARDE rejoint ici les observations des psychologues sur les premières découvertes de l'enfant explorant son corps et reproduisant ses propres gestes. Débutant à la naissance, l'imitation de soi perdure tout au long de la vie. L'habitude individuelle peut donc être conçue comme une sorte d'imitation de soi comme la définissent GÉRANDO, mais également MAINE DE BIRAN : « le même penchant qui nous porte à imiter les autres, nous porte aussi à refaire ce que nous avons déjà fait »¹⁴².

Pour TARDE cependant, l'imitation de soi n'a rien de social à la différence de l'habitude collective qui « a eu pour origine la vue ou la connaissance d'une action analogue d'autrui, cette mémoire et cette habitude sont des faits sociaux en même temps que psychologiques »¹⁴³.

48. **Porosités de la distinction.** La distinction opérée par cet auteur entre habitude individuelle et habitude collective semble introduire une opposition nette entre les deux types d'imitation - présociale et sociale. Or, la limite entre les deux ne nous semble pas si tranchée. Certes, l'habitude collective paraît se définir par la valeur créée par différents comportements humains alors que l'habitude individuelle se réduit à un acte. Il semble que, même si le modèle d'origine est autrui, (et concoure à la création d'une habitude collective sous-tendue par une valeur de référence), l'imitateur au gré des répétitions collectivement valorisées de « ce qu'[il a] déjà fait » se crée une habitude individuelle.

Ainsi pourrions-nous dire que l'habitude collective représente en quelque sorte une juxtaposition d'habitudes individuelles reproduisant le comportement valorisé par l'habitude collective. Dans ce sens, il faut comprendre que l'intérêt du concept de TARDE est de souligner l'influence du social dans l'émergence de certaines habitudes individuelles. Il faut aussi remarquer que TARDE semble considérer l'imitation au-delà de la simple reproduction d'un comportement pour l'étendre au sens large comme la tendance à « agir comme » ou selon telle valeur. En cela il rejoint la notion d'identification développée par la psychanalyse ou encore de *mimesis* introduite par les philosophes.

49. **Imitation du crime : reproduction ou répétition ?** Dans un sens peu éloigné, les précurseurs de TARDE considère l'habitude criminelle comme le simple fait de commettre des

¹⁴¹G. TARDE, *La Philosophie pénale*, op. cit., p 41.

¹⁴²J.-M.-P. MAINE DE BIRAN, *Mémoires sur l'influence de l'habitude*, Œuvres, t. 2, G. ROMEYER-DHERBEY (éd.), Paris : Vrin Librairie philosophique, 1987, p. 329.

¹⁴³G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, op. cit., p 112.

infractions de manière réitérée, sans établir de lien avec le milieu social du délinquant. Les anthropologues criminels, notamment, se sont fondés sur les caractères psychiques et intellectuels pour déterminer les types de criminels. LOMBROSO a ainsi distingué le criminel d'habitude et le criminel-né, au côté du criminel fou, du criminel passionnel et du criminel d'occasion¹⁴⁴. Cet auteur ne niait pas totalement le rôle du milieu dans lequel avaient évolués les criminels d'occasion, passionnel et d'habitude. Comme le montre FERRI dans *La sociologie criminelle*, c'est ultérieurement que l'on a réellement commencé à analyser le crime d'un point de vue sociologique¹⁴⁵.

50. **La répétition criminelle.** La notion de criminel d'habitude est alors élargie et ce dernier est entendu comme celui qui voue son mode de vie à commettre des infractions. Les criminologues établissent deux types dans la catégorie des criminels d'habitude : les criminels-nés - l'habitude du crime étant innée - et les criminels d'habitudes simple - l'habitude du crime étant acquise¹⁴⁶. Cette différenciation va dans le sens de TARDE qui, dans la présentation de son concept d'habitude individuelle ou collective, évoque l'imitation pour des actes aussi bien de réitération (imitation du comportement propre) que de reproduction (imitation du comportement d'autrui). Or, d'autres criminologues distinguent pour leur part la réitération/répétition et l'imitation.

Ainsi, M. le Professeur Maurice CUSSON, étudie plus largement la répétition criminelle¹⁴⁷ qu'il définit comme étant le phénomène qui « se produit quand un crime est suivi d'un autre et qu'il existe un lien de cause à effet entre le premier et le second ». Dans sa classification des répétitions criminelles, l'imitation n'en représente qu'un type bien particulier. Il la distingue des autres formes de répétitions criminelles telles que : la réitération si des délits semblables sont commis par le même délinquant ; la victimisation répétée s'ils sont subis par la même victime, et le talion s'ils passent de l'agresseur à la victime. Ainsi, dans cette classification, l'auteur n'assimile pas la réitération à l'imitation pour laquelle le même délit doit passer **d'un délinquant à un autre**¹⁴⁸.

¹⁴⁴ C. LOMBROSO, *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique : étude anthropologique et médico-légale*, trad. A. BOURNER, Paris : F. Alcan, 1887.

¹⁴⁵ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris : Dalloz, 3^{ème} éd., 2004.

¹⁴⁶ V. sur ce point J. MAXWELL, *Le crime et la société*, Paris : Flammarion, 1920.

¹⁴⁷ M. CUSSON, *Répétitions criminelles, renseignements et opérations coup-de-poing*, in *Problèmes actuels de science criminelle*, n° 21, 2008, pp. 37-52.

¹⁴⁸ M. CUSSON, *Répétitions criminelles, renseignements et opérations coup-de-poing*, op. cit., 40. Le Professeur apporte des éléments à l'étude de l'imitation. Il précise son intérêt à s'attacher à ce phénomène criminel pour deux raisons. « Premièrement, la répétition, c'est ce qui rend prévisible une activité délinquante ». « Deuxièmement, si

Cette définition de l'imitation par M. le Professeur CUSSON nous paraît d'autant plus restrictive qu'il précise que « nous pouvons parler d'imitation [seulement] quand la répétition d'un **délit à l'identique** passe d'un délinquant à un autre ». Autrement dit, l'imitation ne concernerait que des délits semblables matériellement. Cependant, l'auteur se réfère également à SUTHERLAND pour évoquer le phénomène d'« association différentielle » et élargir la notion d'imitation à celle d'influence¹⁴⁹. « L'influence des "mauvais compagnons" ne conduit pas nécessairement à une imitation à l'identique mais encourage à commettre un délit d'une autre nature »¹⁵⁰. Nous retiendrons cette remarque qui, selon nous, montre qu'en termes de comportement, **l'on ne saurait réduire le concept d'imitation à la répétition d'un même acte.**

Par ailleurs, le Professeur illustre la volonté de combattre toutes les formes de répétition criminelle. Il donne également des pistes intéressantes quant aux mécanismes de répétitions chez les délinquants en groupe, ainsi que sur la concentration et les points chauds des criminels.

Les interactions dans les groupes sociaux, et notamment criminels, ont fait l'objet de nombreuses études sociologiques qui mettent en évidence l'imitation et l'influence mutuelle de leurs membres.

Paragraphe 3. L'imitation dans les groupes sociaux

51. ***Des imitations par contagion.*** Les sociologues ont très tôt observé que certains membres d'un groupe social peuvent, par un processus d'identification et d'imitation comportementale, être amenés à commettre des actes préjudiciables pour autrui mais également pour eux-mêmes. PHILLIPS et DURKHEIM ont par exemple démontré qu'il existe un phénomène de contagion du suicide, que l'on nomme également l'« effet werther ». A leur suite, KERCKHOFF et BACK, en 1968, ont étudié plus largement le phénomène de « **contagion sociale** » et montré que les individus ont tendance à suivre des modèles auxquels ils s'identifient

un crime en annonce un autre, la police peut en tenir compte pour prévenir la répétition. Elle contribue plus fortement à faire reculer la criminalité quand elle arrête des récidivistes plutôt que de purs occasionnels. » Certes, son approche est intéressante au regard de la vision également sociologique qu'il porte sur l'imitation. Cependant, nous pourrions lui reprocher une ambiguïté dans la définition de l'imitation. En effet, à la lecture de son article, plusieurs fois, l'auteur utilise le terme d'imitation en tant que synonyme de la répétition criminelle. Pourtant, rapportant les propos de TARDE qui parle d'imitation, il déclare préférer utiliser les termes de « répétitions criminelles ». Là encore, nous constatons le problème de définir et d'utiliser ce terme.

¹⁴⁹V. E. H. SUTHERLAND, *Principes de criminologie*, version française établie sur le texte de la sixième édition de Principles of criminology, par la section de droit pénal et de sciences criminelles de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Paris : Cujas, 1966

¹⁵⁰ M. CUSSON, op. cit., p. 41.

pour leur ressembler¹⁵¹.

52. Des interactions différentes suivant la taille du groupe. Selon un critère quantitatif, il est possible de différencier les petits groupes, les bandes et les foules. Au-delà du nombre, les auteurs distinguent ces rassemblements de personnes suivant le type de relations qu'ils privilégient¹⁵².

Ainsi, les **groupes restreints** permettent des contacts plus ou moins réguliers. Les **bandes**, en petit nombre, sont des groupes peu structurés et marqués par la recherche du semblable chez leurs membres. La **foule**, ou la masse, représente le rassemblement d'un grand nombre de personnes dans un même lieu où les rapports et échanges sociaux sont limités.

Dans ce sens, plus le groupe est grand, plus l'individu est sujet à perdre son identité, son individualité. Tel est le cas dans la foule, plus propice à des comportements d'imitation par contagion, idée développée notamment par LE BON¹⁵³. FESTINGER, PEPITONE et NEWCOMB parlent de « désindividuation »¹⁵⁴ : l'individu, au milieu d'un très grand nombre de personnes, va jusqu'à perdre la conscience de soi du fait de l'anonymat de la foule et devient non identifiable.

SIGHELE¹⁵⁵ a, de son côté, montré les dangers de l'imitation consécutive à des phénomènes de manipulation mentale dans des groupes hiérarchisés où certains individus vont, par force de persuasion, devenir un modèle puissant pour tout le groupe. Le problème se pose lorsque le comportement dicté par le « guide » est dangereux voire antisocial (préjudiciable pour soi mais également pour autrui).

53. Groupes d'appartenance et groupes de référence. L'individu appartient à différents groupes tout au long de sa vie. On peut alors parler de « groupes d'appartenance » lorsque ce sont des circonstances qui amènent une personne à devenir membre de groupes sociaux (tels

¹⁵¹V. sur ce point A. C. KERCKHOFF, K. W. BACK, *The June Bud*, A study of hysterical Contagion, New-York : Appleton-Century-Crofts, 1968. Les auteurs tentent de montrer comment les consommateurs peuvent être amenés à s'imiter en s'identifiant les uns les autres.

¹⁵²V. sur ce point J. BOUCHET, O. CHANTON, V. KRELL, C. MAZE, F. RIC, G. RICHARD, *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, Paris : Breal, t. 1, 1996, p. 35.

¹⁵³V. G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris : Edition Félix Alcan, 9^{ème} éd., 1905.

¹⁵⁴V. L. FESTINGER, A. PEPITONE, T. NEWCOMB, *Some consequences of deindividuation in a group*, Journal of Abnormal and Social Psychology, n° 47, 1952, pp. 382-389.

¹⁵⁵S. SIGHELE, *La foule criminelle, Essai de psychologie collective*, Paris : Félix Alcan (Bibliothèque de philosophie contemporaine), 2^{ème} éd., 1901, p. 387 ; V. également R. B. CIALDINI, *Influence et manipulation*, Paris : First, 1990 ; M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, Nancy : Imprimerie Georges Thomas, 1936, p. 15.

une famille, une équipe de travail ou encore un groupe culturel), qui exerceront nécessairement une influence sur elle.

Des groupes peuvent avoir une influence sur la personne qui n'est pas membre du groupe¹⁵⁶. Par conséquent, il est également possible de parler de « groupes de référence », qui ont une plus grande influence sur les individus, dans la mesure où ils entraînent une comparaison sociale. Selon SHERIF et SHERIF, les groupes sont ceux « auxquels l'individu se rattache personnellement en tant que membre actuel ou auxquels il aspire à se rattacher psychologiquement ; ou, en d'autres termes, ceux auxquels il s'identifie ou désire s'identifier »¹⁵⁷.

Les groupes d'appartenance présentent plusieurs intérêts pour la construction de l'individu. Selon KELLEY, ils remplissent deux rôles distincts¹⁵⁸. Premièrement, le groupe a une fonction comparative, qui permet à l'individu de confronter ses opinions, valeurs et actions à celles des autres membres. Deuxièmement, il a une fonction normative, le groupe établissant des normes et modèles à suivre. Ces derniers peuvent alors ne pas être conformes aux normes sociales généralement admises.

54. L'imitation dans les groupes restreints. Les socio-psychologues se sont intéressés plus particulièrement aux interactions humaines dans les groupes sociaux restreints. SHAW définit ce groupe comme deux ou plusieurs personnes interagissant pendant un certain temps et s'influençant mutuellement¹⁵⁹. Le « Nous » remplace alors le « Je » et s'oppose à « Eux ».

En effet, un processus important se produit dans un groupe : une représentation d'un modèle qui permet, par un processus d'identification, une imitation mutuelle selon le modèle commun et qui concourt à l'individualisation de chaque individu.

Nous retrouvons ici les notions développées par la psychanalyse. L'imitation mutuelle permet l'identification à autrui pour devenir soi-même. Comme le conçoit M. le Professeur Michel BORN « c'est en développant l'autre en soi que l'on peut devenir soi-même : pour devenir différent de l'autre, il faut d'abord pouvoir lui être semblable. Dans un groupe restreint, l'individu devient peu à peu semblable aux autres, prend à son compte les comportements et

¹⁵⁶ V. J. BOUCHET, O. CHANTON, V. KRELL, C. MAZE, F. RIC, G. RICHARD, *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, op. cit., p. 53 et s.

¹⁵⁷ M. SHERIF, C. W. SHERIF, *An outline of social psychology*, Oxford: Harper et Bros, 1956, p. 175.

¹⁵⁸ H. H. KELLEY, *Deux fonctions des groupes de référence*, Psychologie sociale, Textes fondamentaux, Paris : Dunod, 1952, pp. 139-145.

¹⁵⁹ M. E. SHAW, *Group dynamics, The psychology of small group behavior*, New-York: McGraw-Hill, 1971, pp. 414 et s.

attitudes des autres »¹⁶⁰. On imite les membres de son groupe pour devenir un parmi « eux » et former un nous mais surtout un « je ». Ainsi, lorsque des actes criminels d'imitation se produisent dans un groupe, il est incontestable d'étudier les responsabilités de tous les acteurs qui en sont membres.

Nous retiendrons que l'imitation, nécessaire au développement et aux apprentissages, est fondamentalement un fait social par lequel les individus s'intègrent dans des groupes pour construire et partager des valeurs et des normes de comportements communes. On peut alors parler, au-delà de comportements d'imitation mutuelle, de véritables phénomènes mimétiques.

55. Pour conclure sur l'imitation entendue comme fait social. De ces divers apports théoriques, et malgré certaines divergences conceptuelles entre les disciplines, nous retiendrons, pour mieux comprendre l'imitation comportementale, qu'il existe deux types d'imitation, de soi ou d'autrui, les auteurs décrivant surtout l'imitation interpersonnelle. Dès le premier âge, celle-ci intervient et participe à la prise de conscience de soi et de celle d'autrui. Elle peut être immédiate, décalée ou différée. Plus ou moins passive ou réfléchie ; elle est cependant intentionnelle – sous-tendue par le fonctionnement neuronal – et résulte d'un processus d'identification. Celui-ci témoigne d'une tendance à assimiler quelque chose de l'autre, de se transformer suivant le modèle d'autrui. C'est la *mimesis* décrite par les philosophes, dont l'imitation est la traduction comportementale. Car l'imitation requiert l'élaboration par l'individu d'une représentation mentale du modèle qu'il souhaite imiter.

Analysée suivant leurs différents champs de connaissance, l'imitation apparaît cependant, pour l'ensemble des disciplines, comme un comportement intervenant d'abord dans l'apprentissage et dans les phénomènes de socialisation mais pouvant également correspondre à des comportements antisociaux. Ainsi, l'imitation est indispensable au développement de la personnalité car elle permet la formation de l'identité par identification à autrui. Elle témoigne également, par l'adoption de normes partagées collectivement, de l'appartenance de l'individu à divers groupes sociaux. Suivant les normes, enfin, qui régissent le comportement de ces groupes, l'imitation peut s'avérer préjudiciable à l'individu lui-même ou à autrui.

Nous sommes maintenant en mesure de proposer une définition plus complète de l'imitation, en la concevant comme un comportement dont nous pouvons préciser les éléments caractéristiques, inclus dans un processus mimétique. Et c'est cette image schématique, ou

¹⁶⁰M. BORN, *Psychologie de la délinquance*, Bruxelles : De Boeck, 2005, p. 171.

représentation préalable, de l'imitation qui déterminera les axes de notre recherche pour comprendre et élaborer ce concept dans le droit pénal.

SECTION II : VERS L'ELABORATION DU CONCEPT D'IMITATION DANS LE CHAMP PENAL

56. *Une définition autonome du concept d'imitation.* Un concept permet de saisir une notion, de l'expliquer et de la comprendre selon son extension¹⁶¹. Nous avons vu la difficulté de donner une définition claire et satisfaisante de l'imitation, notamment dans le droit pénal. A partir des apports des sciences humaines, nous pouvons cependant, et sans prétendre à l'exhaustivité, proposer une définition générale du concept d'imitation, entendue comme un comportement et non comme un simple résultat matériel. Nous pouvons également en distinguer les critères qui nous permettront d'orienter notre recherche dans le champ pénal.

Il ne s'agit aucunement ici de s'approprier les définitions des autres sciences afin de les appliquer au droit pénal, car ce procédé ne relèverait pas d'une démarche scientifique. Toutefois, parce que l'imitation est une notion qui a indéniablement démontré sa complexité, il nous semble indispensable de construire une ébauche préalable de ce concept, qui dépasse la simple définition générale et propose une représentation schématique de ses composants (I). Nous pourrions alors nous appuyer sur ce travail préalable pour définir notre méthode et orienter nos analyses afin d'élaborer le concept d'imitation dans le champ pénal (II).

I. Définition et critères du comportement d'imitation

57. *Présentation de la démarche préliminaire.* Au regard des apports des différentes sciences humaines, et en faisant abstraction de leur spécialité, il nous semble possible de proposer une définition générale de l'imitation en la distinguant de notions voisines (Paragraphe 1) mais également de préciser les critères qui permettent de reconnaître un comportement d'imitation (Paragraphe 2).

¹⁶¹ V. E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, V° Concept et Concevoir.

Paragraphe 1. Définition conceptuelle de l'imitation

58. *Définition générale proposée.* L'imitation, terme polysémique, peut être entendue comme un comportement ou comme le résultat de celui-ci. Dans son sens comportemental, elle est **la reproduction ou la copie d'un acte ou d'un objet initialement produit ou imaginé par un être animé** (homme ou animal) **ou inanimé**¹⁶² (nature, objet voire homme ou fictif).

D'un point de vue comportemental, l'imitation se caractérise d'abord selon son objet-modèle. Si on exclut, comme d'autres auteurs¹⁶³, la reproduction ou la copie de la nature, on peut distinguer ainsi deux catégories d'imitation.

59. *L'imitation personnelle.* L'imitation personnelle consiste à prendre comme modèle une ou plusieurs personnes. Elle peut être individuelle, renvoyant à la reproduction ou copie du comportement propre - imitation de soi –, ou bien duelle lorsqu'elle reproduit quelque chose d'un autre – imitation d'autrui. Dans le premier cas, l'individu est son propre modèle et l'imitation peut se concevoir comme une habitude individuelle ou une réitération comportementale. Dans le second cas, l'imitation implique une personne modèle ou imitée et un mime ou imitateur. Il se peut également que plusieurs personnes s'imitent entre elles. Dans l'imitation personnelle, **l'imitation vise à reproduire ou copier soit la personne elle-même soit son comportement.**

60. *L'imitation matérielle.* L'imitation matérielle consiste en la reproduction ou copie d'une chose. En dehors des choses de la nature, toute chose peut être rattachée à une activité humaine. L'imitation matérielle est donc bien avant tout un **comportement qui vise à imiter le résultat d'une action humaine.**

On ne saurait confondre l'objet imité – résultat – et le comportement, bien que le second se déduise du premier. De plus, toutes les choses n'ont pas la même valeur suivant qu'elles ont été créées ou simplement fabriquées par l'homme. Dans le premier cas, la chose est intimement liée à la personnalité de son créateur, elle est une émanation de celui-ci. L'imitation matérielle consiste alors à reproduire ou copier la chose d'autrui. Dans le second cas, la chose est plus impersonnelle, ce qui ne signifie pas qu'elle ne peut pas être symbolique ou représentante d'une

¹⁶²Nous entendons par inanimé le « non vivant », « non doué de vie ».

¹⁶³ V. notamment P. TREFIGNY, L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels, op. cit., p. 12.

activité humaine¹⁶⁴.

61. *Définition négative : l'imitation comportementale n'est pas issue d'une simple influence.* La spécificité de l'imitation comportementale ne concerne pas tant l'acte reproduit que le lien qui existe entre le premier acte et le second. Pour pouvoir reconnaître un tel phénomène, il faut en effet **démontrer la relation qui existe entre le modèle et le mime** : ce lien se retrouvera dans le fait que le mime se rapproche volontairement du modèle pour le reproduire ou le copier. Autrement dit, l'imitation révèle l'influence qu'a pu avoir le modèle dans l'esprit du mime, que celui-ci en ait ou n'en ait pas conscience et suite ou non à des manœuvres du modèle. Pourtant, nous ne saurions nous contenter d'une simple influence pour définir une imitation. Une corrélation minimale et cohérente doit lier un premier et deuxième acte ou objet.

62. *Définition négative : l'imitation comportementale n'est pas une simple répétition parfaite.* On ne saurait réduire l'imitation à la simple répétition d'un acte, parce qu'elle **requiert une capacité intellectuelle – une intentionnalité – plus intense**. L'imitation est tournée vers un modèle alors que la répétition vise simplement l'acte ou son résultat. La répétition suppose simplement que quelque chose qui s'est déjà produit se produit une deuxième fois. La répétition fortuite et parfaite d'un acte ne pourrait être qualifiée d'imitation.

Cela signifie que la reproduction comportementale dans l'imitation suppose une première re-production¹⁶⁵ ou représentation du modèle. C'est d'ailleurs pourquoi dans une imitation, **l'action reproduite ou copiée n'est pas parfaite** et il est possible d'envisager une amélioration ou modification de l'acte - innovation au sens aristotélicien. L'imitation, plus qu'une simple répétition, requiert en ce sens une assimilation puis une représentation en fonction de la subjectivité du mime.

63. *La perfection de l'imitation comportementale.* L'imitation comportementale peut varier en fonction du mime et être plus ou moins approximative. En effet, ce qui est reproduit ce n'est pas tant le modèle que la représentation mentale que se fait l'imitateur du modèle. Et c'est une des raisons pour lesquelles **l'imitation comportementale parfaite est rare, voire**

¹⁶⁴Nous entendons ici par « symbolique », la signification de la chose par rapport à celui qui l'a fabriquée ; la représentation du créateur au travers de sa chose. E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Symbole. Pour une compréhension de ce que nous entendons par symbole, V. *infra* n° 278 et s.

¹⁶⁵ Nous écrirons parfois la re-présentation ainsi dans notre étude lorsque nous souhaiterons insister sur ce critère essentiel de l'imitation.

impossible¹⁶⁶. Car ce phénomène humain laisse une certaine part de subjectivité dans la reproduction par l'imitateur de l'acte ou de l'objet modèle.

C'est pourquoi il apparaît le plus souvent possible de repérer des différences entre le modèle et le résultat de l'imitation. Car une reproduction parfaite de l'acte ou de l'objet considéré supposerait à la fois que l'imitateur élabore une représentation exacte du modèle et qu'il dispose de tous les moyens pour copier la réalité telle qu'elle est. Or, d'une part, la nécessité d'une **représentation préalable** au comportement lui-même signifie qu'on imite une personne, un personnage, ou une chose d'abord en fonction de la représentation que l'on s'en fait. De plus, le résultat de cette imitation dépend des **moyens mis en œuvre**, c'est-à-dire autant qu'il est possible de le faire. Enfin, l'imitation peut témoigner d'une **intention du mime** de garder une part de liberté à agir subjectivement, en s'inspirant du modèle comme il le souhaite.

Dans ce sens, on comprend qu'une reproduction à l'identique soit assez rare. Par essence même, il est plus probable que le comportement d'imitation aboutisse au mieux à un résultat « quasi-identique ». Et l'imitation peut aussi produire une copie non identique au modèle. Il faudra alors **apprécier la part de ressemblances et/ou de différences entre le modèle et le résultat de l'imitation**.

Au regard de ces éléments de définition, nous nous proposons d'élaborer une description détaillée du comportement d'imitation.

Paragraphe 2. Critères d'un comportement d'imitation

64. ***Proposition de critères déterminant l'imitation.*** L'imitation comportementale peut être décomposée suivant différents critères, ou éléments constitutifs, cumulatifs : l'existence d'un modèle (A), sa représentation dans l'esprit de l'imitateur (B), une intention d'imiter le modèle (C) et un comportement de reproduction ou de copie (D) dont on peut déduire une potentialité de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public (E).

A. L'existence d'un modèle : une imitation personnelle ou matérielle

65. On ne saurait parler d'imitation sans concevoir l'existence préalable d'un **modèle**, qu'il

¹⁶⁶ Puisque nous étudions l'imitation dans son versant comportemental, il paraît peu probable qu'un individu imite parfaitement un modèle.

soit ou non identifiable. Il peut s'agir d'une personne voire même d'un personnage incarnant un rôle, du moment qu'il est déterminé ou déterminable. Le modèle peut être réel ou fictif, vivant ou mort. On peut parler dans ce cas d'une **imitation personnelle** et le modèle étant humain, du lien d'influence existant entre le modèle et son mime.

Le modèle peut aussi être une chose, renvoyant plutôt à une **imitation matérielle**. La chose peut être impersonnelle ou bien appartenir à une personne, qui peut même l'avoir créée. Dans ce sens, il est possible de concevoir que l'imitation matérielle d'une chose renvoie au mime des gestes de celui qui l'a fabriquée ou créée.

B. La représentation du modèle : une imitation individuelle ou collective

66. L'imitation n'étant pas le fait d'un hasard, **le mime doit s'être représenté le modèle**, impliquant une connaissance minimale de celui-ci. Car **l'imitateur reproduit ou copie en référence à un modèle ou plutôt en référence à la représentation qu'il élabore du modèle**. On peut dire dans ce sens que l'imitation n'est pas un comportement quelconque mais reflète **un agir mimétique**.

Cette représentation se trouvera alors en la personne d'un ou plusieurs mimes ; l'imitation d'un modèle pouvant concerner plusieurs imitateurs en même temps. On peut donc distinguer pour un même comportement suivant que l'imitation est **individuelle** ou **collective**. L'imitation individuelle comprend alors l'imitation **réitérative**, le mime étant son propre modèle.

C. Une intention d'imiter le modèle : une imitation unilatérale ou plurilatérale

67. **L'imitation est un acte volontaire**. L'individu qui se représente un modèle peut tout aussi bien décider que la représentation constitue un modèle à ne pas suivre. Et, dans le cas où le modèle veut lui-même être imité, seul **l'imitateur détermine l'imitation**. En ce sens, l'imitation est un acte positif, cognitif avant d'être comportemental. On n'imité pas par abstention ou malgré soi.

C'est pourquoi toute reproduction d'un acte d'autrui ne relève pas d'une imitation, notamment si elle n'est que fortuite. En ce sens, le modèle est imité en fonction des désirs du mime et **l'imitation est nécessairement intentionnelle**.

L'imitation repose donc sur la volonté de l'imitateur mais peut aussi exprimer la volonté de plusieurs individus – du modèle lui-même ou de plusieurs imitateurs dans le

cas d'une imitation collective. Du point de vue de l'intentionnalité, on peut donc distinguer l'imitation selon qu'elle est unilatérale ou plurilatérale.

L'imitation unilatérale. L'imitation unilatérale est déterminée uniquement par l'imitateur qui se réfère à un modèle distinct de lui – l'imitation réitérative n'exigeant pas cette « latéralité » entre deux pôles de l'imitation). Elle exclut donc *a priori* toute entente entre le modèle et l'imitateur.

L'imitation plurilatérale. L'imitation plurilatérale implique plusieurs volontés, soit parce qu'elle comprend plusieurs imitateurs comme dans le cas d'une imitation collective soit parce que le modèle se donne lui-même pour objet de l'imitation. Dans ce sens, il est possible d'imaginer une troisième possibilité dans laquelle un individu manifeste la volonté non pas de se proposer comme modèle mais de présenter à autrui un ou des modèles à suivre. L'imitation plurilatérale implique donc plusieurs individus qui agissent dans une relation modèle(s)-mime(s).

Cette relation peut être réciproque et nous verrons qu'on peut alors qualifier l'imitation de « **plurilatérale horizontale** », ou révéler une hiérarchisation des individus et nous parlerons d'imitation « **plurilatérale verticale** ». Il n'en reste pas moins que toute imitation ne peut s'effectuer sans la volonté de l'imitateur.

68. Dans tous les cas, l'imitation est un **agir mimétique** en référence à un modèle mais l'imitation plurilatérale implique des relations interindividuelles, entre modèle et mime ou bien entre imitateurs. Elle est un **agir mimétique social** qui relève de la mimésis sociale, dont l'imitation constitue l'une des expressions comportementales possibles.

Ainsi comprise, l'imitation plurilatérale paraît d'emblée plus complexe à analyser que l'imitation unilatérale qui n'exige qu'une seule intentionnalité. Car l'imitation plurilatérale comprend une indéniable **potentialité de réciprocité** si on la considère dans la durée, où l'imitateur peut devenir l'imité et inversement le modèle devenir imitateur. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de plusieurs imitateurs qui au-delà de se référer à une représentation commune, peuvent s'imiter mutuellement les uns les autres.

L'imitation plurilatérale ne doit donc en aucun cas être confondue avec une somme d'imitations unilatérales qui seraient identiques et simultanées, par le fait de circonstances particulières ou du hasard. Car dans ce cas, chaque imitateur aurait un objectif individuel et agirait pour son propre compte, sans prêter nécessairement attention aux autres tel qu'une situation de compétition par exemple. Alors que l'imitation plurilatérale contient un aspect collectif, que l'on peut traduire par le fait de « **faire pareil et ensemble** ». Soit parce qu'elle

poursuit un objectif commun, pour lequel l'action d'un seul ne suffirait pas à l'obtention du résultat. Soit parce ce que les circonstances créent un climat de connivence entre les individus, dû au processus de contagion sociale qu'ont pu décrire certains sociologues¹⁶⁷.

69. L'imitation unilatérale et l'imitation plurilatérale ne s'opposent pas et peuvent **s'entremêler dans une même scène**. Toutefois, la représentation du modèle sera distincte : le modèle de l'imitation unilatérale ne sera pas celui de l'imitation plurilatérale. Prenons l'exemple de deux frères et d'un père. Les deux enfants jouent ensemble en faisant semblant de cuisiner comme leur père. Chacun imite de manière unilatérale leur père pris comme modèle. Parce qu'ils jouent ensemble à faire pareil, ils s'inscrivent dans un agir mimétique social, où l'un imite l'autre. Le jeu reflète alors une situation double : deux imitations unilatérales dont le modèle est le père et une imitation plurilatérale dont les modèles sont réciproquement et tour à tour les deux frères. On peut d'ailleurs remarquer que cette situation montre parfois la difficulté de distinguer le modèle et le mime, parce qu'il peut se produire une inversion des rôles dans l'action, dont nous pourrions dire qu'elle rend inutile la recherche de cette distinction, chacun jouant un rôle identique ou similaire (il est difficile de savoir qui est modèle et mime entre les deux frères). De même, parce le modèle n'est pas présent dans la scène, se pose la question de l'identifier et donc de reconnaître la situation d'imitation (de savoir que les enfants imitent leur père qui cuisine).

D. Un comportement de reproduction ou de copie

70. Le mime doit avoir accompli un **comportement d'imitation**. Il s'agit de l'acte volontaire et matériel, qui pourra donc être constaté et dont le résultat dépendra des moyens utilisés pour reproduire ou copier le modèle.

Suivant les moyens mis en œuvre par le mime, l'acte matériel d'imitation peut ainsi relever de deux catégories de comportement que nous qualifierons d'**imitation-reproduction** et d'**imitation-simulacre**.

71. **L'imitation-reproduction consiste à utiliser un moyen véritable ou identique à celui qui a produit le modèle**. En ce sens, il s'agit d'une re-production, qui cherche à représenter

¹⁶⁷V. *supra* n° 51 et s.

identiquement ou créer **l'apparence de LA réalité. Le résultat de l'imitation-reproduction paraît identique au modèle et est difficilement distinguable de celui-ci.** Tel est le cas par exemple de l'individu qui imite une personne en s'habillant de la même manière, ou en reproduisant des gestes qui n'appartiennent qu'à elle. Ou qui utilise les mêmes procédés de fabrication de la chose qu'il imite, en reprenant exactement ses proportions, ses mesures et ses teintes¹⁶⁸. Dans ce cas, l'imitateur cherche à « se faire passer » pour le modèle ou à « faire prendre l'objet imitant pour l'original ». Le résultat de l'imitation est servile ou quasi-servile.

72. **L'imitation-simulacre**, quant à elle, utilise un **moyen ressemblant au moyen véritable** pour représenter un modèle c'est-à-dire créer une **apparence DE réalité**. Autrement dit, le résultat peut sembler réel alors qu'il n'est qu'un **simulacre de la réalité. Le résultat de l'imitation-simulacre est vraisemblable lorsqu'il ressemble suffisamment au modèle pour risquer d'être confondu avec lui.** Par exemple, si un individu ne fait que reprendre approximativement les gestes d'une autre personne, il ne produit qu'une apparence de réalité (une personne en action), ne correspondant pas à la réalité objective (la personne modèle en action). Le résultat de l'imitation- simulacre n'est que ressemblant par conséquent son efficacité à représenter la réalité dépend de son degré de ressemblance avec le modèle. De l'apparence créée par l'imitateur dépend l'effet de l'imitation sur le public observateur.

E. Un effet sur le public : la potentialité de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public

73. Un dernier critère non négligeable peut être envisagé pour caractériser une imitation comportementale. Autrement dit, la méprise ou la confusion plus ou moins importante que l'imitation peut créer dans l'esprit du public. Car l'imitation est un phénomène « triangulaire » qui, en plus d'inclure un mime et un modèle, intègre un ou des observateurs.

L'effet de l'imitation d'une personne, d'un personnage ou d'une chose peut être nul si elle ne réussit pas à représenter le modèle de telle façon que le public observateur croit être en sa présence. Le résultat de l'imitation est alors la création de l'apparence d'une réalité autre que la réalité-modèle, sans produire ni confusion ni méprise.

¹⁶⁸Ce qui correspondrait à l'art de la copie selon PLATON, mais une « mauvaise copie » puisque pour lui, la « bonne copie » ne cherche pas à reproduire le modèle à l'identique. V. *supra* n° 15 et s.

L'imitation crée une apparence qui est toujours illusoire¹⁶⁹, mais qui n'est pas nécessairement et effectivement trompeuse. Et c'est dans cette mesure que nous étudierons l'imitation : un comportement qui tend à tromper selon les moyens qu'il met en œuvre et dont la potentialité à créer une méprise ou une confusion dans l'esprit du ou d'un public observateur¹⁷⁰ est plus ou moins importante.

74. **L'illusion créée par l'imitation unilatérale** peut être plus ou moins combattue par le public. L'imitation-reproduction, en créant l'apparence de la réalité, est plus à même de provoquer une méprise, l'objet-copie étant confondu avec l'objet-modèle. L'imitation-simulacre crée une apparence de réalité dont le risque de méprise et de confusion avec le modèle doit être recherché en **appréciant le degré de ressemblance de l'apparence créée avec le modèle**.

75. **L'imitation plurilatérale**, quant à elle, pose doublement la question de l'**apparence** et de l'**illusion créée aux yeux du public**. Dans une telle situation, l'apparence illusoire doit être combattue. Le public risque de percevoir plusieurs individus accomplissant des actes identiques ou similaires, et un seul résultat. L'intention du comportement semble commune et le lien de causalité paraît globalement exister entre les actes de tous et une seule conséquence. En apparence, tous recherchent et produisent le résultat. Or d'une part, il se peut qu'un seul individu ait prémédité le résultat, les autres ayant simplement voulu l'imiter. Dans ce cas, l'apparence d'une intentionnalité partagée n'est peut-être qu'une illusion trompeuse. D'autre part, si l'on admet que l'imitation peut être imparfaite, il se peut que seuls certains individus aient réussi à produire le résultat. C'est alors le lien de causalité apparent qui est illusoire et trompeuse.

76. Ainsi, l'imitation comprise comme un comportement se présente-telle comme un phénomène complexe, dont les composantes spécifiques produisent un résultat particulier, notamment susceptible de générer des apparences trompeuses. C'est pourquoi l'introduction de ce concept dans le champ pénal nous semble utile pour dépasser une vision restrictive de

¹⁶⁹E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Illusion, définit comme ce « qui tend à tromper par une fausse apparence ». Du latin *illusio*, signifiant « celui qui se joue », « se moque ». L'illusion n'est pas l'erreur, elle tend à l'erreur.

¹⁷⁰Nous rejoignons dans ce sens M. le Professeur CONTE qui considère que « dire de l'apparence qu'elle est une erreur, une croyance erronée, c'est confondre l'effet et sa cause, c'est se condamner à ne plus distinguer les conditions d'existence d'une apparence, de ses conditions d'efficacité » (Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., n° 940, p. 1085).

l'imitation, réduite à un simple résultat.

II. Méthode pour élaborer le concept d'imitation dans le champ pénal

77. *Parallèle entre le concept d'imitation et la théorie de l'apparence en droit.* L'imitation comportementale appelle comme résultat une apparence plus ou moins parfaite de la réalité, selon les moyens qu'elle utilise. Or nous avons déjà établi que cette notion avait fait l'objet de certains développements¹⁷¹.

Plus largement, l'appréciation de l'apparence créée par un individu n'est pas méconnue du droit. En effet, le droit connaît plus particulièrement la théorie de l'apparence, ayant ainsi inspiré différents travaux en différentes branches du droit¹⁷². Classiquement, en droit privé, l'apparence correspond à « la situation juridique illusoire, imaginaire, ou trompeuse qui est contraire à la réalité juridique »¹⁷³ ; et on parle plus particulièrement de la théorie de l'apparence, qui consiste « à poser la question de savoir si la situation visible mais contraire au droit produit les mêmes effets juridiques que si elle avait été parfaitement conforme au droit »¹⁷⁴. En droit administratif, l'apparence évoque plus particulièrement soit la protection des agents publics apparents, qui, de bonne foi, se sont immiscés dans l'Administration par nécessité ou par ignorance, mais ont contribué au bon déroulement d'un service public ; soit la protection du public qui se voit reconnaître un droit de se fier aux apparences¹⁷⁵. Et l'apparence en droit fiscal trouve également ces deux aspects de protection puisqu'un comptable peut être apparent, à la condition toutefois de faire respecter le principe de la transparence fiscale¹⁷⁶.

En matière pénale, nous avons déjà relevé la riche étude que M. le Professeur Philippe

¹⁷¹V. *supra* n° 5.

¹⁷² V. notamment C.-W. CHUNG, *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris : LGDJ, 2000 ; F. DURAND, *L'apparence en droit fiscal*, Paris : LGDJ, 2009 ; J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, Thèse Lille, 2010 ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse Paris, 1959 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Thèse Paris, 1984 ; Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Thèse Bordeaux, 1984.

¹⁷³ C.-W. CHUNG, *Apparence et représentation en droit positif français*, op. cit., n° 8.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ V. C.-W. CHUNG, id., n° 10 ; V. également sur ces points J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, Thèse Lille, 2010.

¹⁷⁶ V. C.-W. CHUNG, id., n° 11 ; V. également sur ce point F. DURAND, *L'apparence en droit fiscal*, Paris : LGDJ, 2009.

CONTE¹⁷⁷ a consacré à l'apparence en dénonçant l'insuffisance de la théorie classique de l'apparence. Nous partageons son point de vue selon laquelle la théorie classique « repose sur une confusion : la notion même d'apparence n'a jamais été véritablement définie autrement que par ses effets - l'apparence engendre une croyance erronée - et non en elle-même, en sorte que les conditions d'existence de l'apparence n'ont jamais été clairement séparées des conditions dans lesquelles, à supposer qu'elle existe, elle peut produire des conséquences juridiques. En un mot, l'apparence et la théorie de l'apparence n'ont pas été suffisamment différenciées »¹⁷⁸.

Et même si cet auteur définit à l'occasion de ses analyses l'imitation comme un résultat, ce qui se conçoit puisque la création d'une apparence est bien le premier résultat du comportement d'imitation, il nous a semblé opportun de reprendre cette notion en l'articulant avec une compréhension du comportement d'imitation dans le champ pénal

Le Professeur Philippe CONTE considère qu'« il n'y a pas apparence à l'évidence lorsque l'apparition reflète fidèlement la réalité, qu'elle rend, ce faisant, apparente : l'apparence suppose un écart entre l'apparition et la réalité », et donc pour lui il ne faudrait « pas parler d'apparence là où l'apparition exprime le réel »¹⁷⁹. Or c'est bien le propre de l'imitation de chercher à créer une apparition ayant l'apparence de la réalité, c'est pourquoi nous avons pu dire que ce comportement vise à créer une apparence du réel. L'imitation est *mimesis*, représentation de la réalité et dans l'hypothèse qu'elle produirait un « décalque parfait »¹⁸⁰.

Comme le Professeur CONTE, il nous semble que l'apparence ne doit pas être déduite de son effet sur un public donné, en particulier pour l'imitation. L'apparence est construite, créée par l'imitateur par l'utilisation de moyens plus ou moins ressemblants, qui peut admettre l'usage de moyens véritables. Concernant l'imitation, le rapport de l'apparence avec la réalité est donc particulier, celle-ci étant constituée par le modèle du comportement. Ainsi entendrons-nous par « **apparence de la réalité** » la situation dans laquelle **l'imitateur crée une identité plus ou moins parfaite entre le résultat de l'imitation et le modèle** ; et par « **apparence de réalité** » celle dans laquelle **il crée une réalité plus ou moins ressemblante avec le modèle**¹⁸¹. Et nous

¹⁷⁷Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., n° 17, p. 22.

¹⁷⁸Ph. CONTE, id., n° 922, p. 1079.

¹⁷⁹Ph. CONTE, id., n° 17, p. 22.

¹⁸⁰Ibid. Selon les mots de l'auteur pour qui l'imitation renvoie à toute la gamme des possibles entre la simple esquisse et le décalque parfait, ce « décalque parfait » n'en resterait pas moins une autre réalité.

¹⁸¹M. Phillipe CONTE explique ainsi que l'apparence trompeuse peut revêtir un double aspect et l'erreur qui en découle avoir un double objet. « Tantôt l'individu, abusé par l'apparence, a cru à la réalité d'un élément de la légalité qui faisait pourtant défaut : il a cru, à tort, que l'élément envisagé, dont l'apparence l'a trompé, existait réellement » ; « tantôt l'individu, abusé par l'apparence, a ignoré de ce fait la réalité d'un élément de la légalité qui, pourtant, existait : il a cru, à tort, que l'élément envisagé, dont l'apparence l'a trompé, n'existait pas réellement ». La première situation correspond à l'apparence de réalité, la seconde à l'apparence de la réalité (Ph. CONTE, *L'apparence en*

rejoignons l'auteur pour parler de ressemblance suffisante, nécessaire pour que l'imitation soit vraisemblable.

78. *Limites de l'étude.* Cette étude, que nous qualifions d'essai, tentera d'aborder au maximum, mais dans la limite du raisonnable, les domaines qui illustrent principalement et au mieux les situations d'imitation comportementale dans le champ pénal. Nous avons choisi d'étudier l'imitation en la concevant comme un comportement qu'il est nécessaire de distinguer de son résultat, pour éviter toute ambiguïté. En ce sens, elle peut porter sur des objets différents tels que la nature, une personne ou un objet, voire un personnage. En matière pénale, nous n'étudierons bien évidemment pas la reproduction ou la copie de la nature, mais l'imitation personnelle et matérielle. Nous la rechercherons notamment dans les infractions d'usurpation et de contrefaçon mais également dans certaines situations de coaction et de provocation à l'infraction.

Nous n'envisagerons pas non plus l'imitation réitérative car c'est la dimension sociale de l'imitation qui nous interroge et qui impose une dissociation du modèle et du mime.

Par ailleurs, nous ne négligeons pas la possibilité qu'une personne morale puisse être imitatrice. Depuis la loi du 9 mars 2004¹⁸², le principe de spécialité selon lequel une personne morale ne peut être pénalement responsable que « dans les cas prévus par la loi ou le règlement »¹⁸³ a été supprimé ; les personnes morales sont devenues susceptibles d'être responsables pénalement de plein droit de l'ensemble des infractions sauf si le législateur en décide autrement expressément. Cette imputation est à entendre de manière fictive. En effet, la personne morale n'est responsable que par l'intermédiaire de ses organes ou représentants qui ont commis un fait délictueux. Ainsi, selon l'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal, elles sont responsables « des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Par conséquent, l'infraction ne peut être imputée à une personne morale que si elle a été commise ou tentée par une personne physique agissant pour le compte de celle-ci¹⁸⁴. C'est donc bien en la personne des individus que s'apprécie l'intention ou la faute, et pour cela, la personne

droit pénal, op. cit., n° 24, p. 35).

¹⁸²Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁸³V. pour un ex. de rejet avant l'adoption de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, Cass. crim., 18 avril 2000, B. crim. n° 153.

¹⁸⁴Il faut noter qu'il ne s'agit pas là d'une consécration de la responsabilité directe des personnes morales, la référence à un organe ou à un représentant devant toujours être faite. Cela étant, une telle conception de la théorie par ricochet, moins strict, permet d'être plus réaliste quant aux difficultés pratiques pour identifier, parfois, la personne physique qui commet l'infraction. Dans ce sens, il s'agit d'une sorte de responsabilité par ricochet, ou responsabilité indirecte.

physique doit *a priori* être identifiée¹⁸⁵. On pose une présomption d'imputation de l'infraction¹⁸⁶. Ainsi compris, il suffit de déterminer un comportement d'imitation en la personne physique agissant pour le compte de la personne morale pour considérer cette dernière comme étant imitatrice. C'est donc vers les personnes physiques que nous dirigerons notre étude.

Enfin, le concept d'imitation n'apporte pas tant d'éléments innovants quant à la répression des comportements illicites qu'une lecture originale de certaines situations délictuelles facilitant leur imputation. Par conséquent, nous nous attacherons à développer le régime des notions juridiques que nous serons conduits à analyser lorsque nous considérerons leur étude nécessaire¹⁸⁷.

79. Intérêts à l'élaboration d'un concept d'imitation. Comme nous l'avons relevé précédemment, le droit pénal ne néglige pas l'imitation puisqu'il réprime par exemple la contrefaçon des objets. Cette approche paraît restrictive, la matière criminelle n'exploitant pas toute la signification de ce phénomène. Elle se contente d'une approche réelle et matérielle, où l'imitation est comprise avant tout comme le résultat d'un acte illicite. Or l'imitation passe nécessairement par le sujet avant l'objet. C'est pourquoi nous concentrerons-nous sur les imitations comportementales et le processus mimétique qui la sous-tend.

80. Intérêts et problématique de la thèse. Nous trouvons plusieurs intérêts théoriques à élaborer un concept d'imitation en droit pénal. D'une part, aucun écrit en la matière ne nous a semblé aborder l'entière réalité de ce comportement. D'autre part, phénomène éminemment humain et naturel, toute imitation n'est pas et n'a pas à être punissable, car elle permet le développement individuel et la socialisation. Se pose donc la question de savoir si les critères d'un comportement d'imitation peuvent se retrouver dans les éléments constitutifs de certaines infractions.

Sans prétendre épuiser le sujet de l'imitation, notre démarche procède davantage d'un essai pour lequel nous prendrons soin de noter régulièrement des points de synthèse, sous forme

¹⁸⁵On peut toutefois remarquer que les juges s'écartent parfois de la théorie première de ricochet qui implique la détermination de la personne physique auteur de l'infraction. Dans un arrêt du 20 juin 2006, la Cour de cassation a ainsi admis « qu'il n'était pas indispensable d'identifier la personne physique quand l'infraction ne pouvait qu'être imputable à la personne morale ou que résulter de la politique commerciale de la société » (Cass. crim., 20 juin 2006, B. crim. n° 188, D. 2007, p. 617, obs. J.-C. SAINT-PAU ; JCP G 2006, II, 10199, obs. E. DREYER).

¹⁸⁶V. notamment J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. crim., 20 juin 2006, préc. ; E. DREYER, note sous Cass. crim., 20 juin 2006, préc.

¹⁸⁷Ce sera notamment le cas de la provocation à des actes d'imitation. V. *infra* n° 1105 et s.

de conclusions. Par ailleurs, le comportement d'imitation, lorsqu'il est illicite, impose de déterminer avec précision les objets de protection qui constituent le modèle ou les moyens significatifs de celui-ci utilisés par l'imitateur. C'est pourquoi nous nous astreindrons à une étude détaillée de ces objets.

Nous démontrerons que certaines infractions procèdent d'un comportement d'imitation unilatérale parce que leurs éléments constitutifs renvoient à la prise en compte par le législateur des critères conceptuels de l'imitation. Ainsi en sera-t-il des infractions d'usurpation mais aussi de port illégal de costumes, uniformes ou décorations réglementées par l'autorité publique, ou encore de certaines infractions de contrefaçons.

Nous verrons également que les notions juridiques de coaction ou de provocation à l'infraction peuvent correspondre à des situations d'imitation plurilatérale. Le concept d'imitation offre alors une compréhension originale de ces scènes infractionnelles qui démontrent que le droit pénal sanctionne parfois un agir mimétique horizontal ou vertical.

81. **Objectif de la thèse.** Ainsi notre démarche aura pour objectif de construire une **théorisation de l'imitation dans le droit pénal** au regard de la réalité du phénomène. Nous nous proposons d'élaborer une grille de lecture des différents comportements d'imitation illicites, propre à la matière pénale.

82. **Plan de thèse.** La représentation que nous avons élaborée de l'imitation nous offre une première division pour notre étude, organisée autour de deux axes principaux. Il convient en effet d'établir une première distinction de l'imitation selon qu'elle émane d'une ou plusieurs volontés. Aussi nous consacrerons la première partie à **l'imitation unilatérale** (Partie 1) tandis que la seconde nous permettra de développer les visages de **l'imitation plurilatérale** (Partie 2).

PREMIÈRE PARTIE

L'IMITATION UNILATERALE

83. *L'imitation d'un modèle par un mime.* Nous avons défini l'imitation comme un comportement de reproduction d'une action, que celle-ci soit le fait de l'imitateur lui-même ou d'un autre individu¹⁸⁸. Dans le premier cas, il s'agit d'une imitation réitérative où l'individu est son propre modèle. On peut parler d'une identité entre modèle et imitateur ou mime, naturelle, qui conduit notamment à la formation des habitudes individuelles.

Or, dans notre recherche, nous nous intéressons davantage à la confusion entre modèle et mime qui peut résulter d'un comportement d'imitation. C'est pourquoi nous avons choisi d'étudier l'imitation impliquant deux entités dissociées : un modèle et un mime. Ainsi nous excluons l'imitation réitérative pour nous centrer sur **l'imitation d'un modèle par un mime, distincts**, le premier pouvant être soit un individu - autrui - soit une chose – créée par autrui ou plus impersonnelle.

84. *Une imitation unilatérale car issue d'une seule volonté.* Lorsqu'elle concerne un modèle distinct du mime, l'imitation peut correspondre à une forme d'apprentissage où le premier transmet au second des connaissances et des compétences diverses. L'activité imitative est alors le fondement d'une interaction qui engage deux volontés. Toutefois, l'imitation peut également se concevoir comme une activité individuelle, où l'imitateur agit le plus souvent à l'insu du modèle¹⁸⁹. Elle n'émane que d'une seule volonté, le mime s'appropriant des caractéristiques personnelles ou des prérogatives du modèle sans que celui-ci adhère à la démarche imitative, ou en soit même informé.

Cette sorte d'imitation nous intéresse davantage dans cette première partie dans la mesure où elle semble pouvoir porter préjudice à un individu pris comme modèle, si elle est faite à son insu ; mais également à tout observateur qui risque de prendre l'imitateur pour le modèle. C'est pourquoi nous parlerons d'**imitation unilatérale pour exclure tout rapport de réciprocité entre le modèle et le mime**.

85. *L'imitation unilatérale en droit pénal.* L'imitation unilatérale renvoie le plus souvent à la situation où un mime s'approprie un ou des attributs permettant d'identifier une personne, où encore reproduit une chose qui a été créée par cette personne. En ce sens, elle est comportementale et « personnelle », même si elle prend pour objet-modèles les éléments d'identité ou la création d'une personne. Un individu est unique et identifiable pour ce qu'il est

¹⁸⁸V. *supra* n° 67 et s.

¹⁸⁹Il peut arriver que le modèle accepte d'être imité et donne son autorisation par exemple.

et pour ce qu'il produit. En conséquence l'imitation de ce qu'il est ou produit **perturbe la possibilité de distinguer le mime de l'imitateur.**

Cependant, en droit, lorsque les textes d'incrimination, la doctrine et la jurisprudence utilisent le terme « imitation », elle est *a priori* entendue comme la seule copie d'une chose. Or il s'agit là, selon nous, du résultat matériel de l'imitation, et non pas du comportement lui-même. Cette limitation sémantique suggère que la recherche de la répression de l'imitation personnelle ne peut se contenter d'examiner les infractions dite, d'« imitation » en droit pénal. Elle impose au contraire d'examiner des infractions plus étendues, dès lors que leur objet de protection correspond à des éléments identificatoires de personnes ou encore à des objets créés par des personnes.

Ce raisonnement nous conduit à analyser dans le droit pénal les infractions susceptibles de créer une confusion ou une méprise dans l'esprit du public. Nous nous sommes plus particulièrement intéressé aux actes d'**usurpation des éléments d'identité d'une personne ou d'usurpation de titres ou de fonctions protégés par le droit.** Le concept d'imitation permet également une lecture originale des actes de contrefaçons de la création d'autrui ou de toute chose protégée par le droit.

86. **Démarche : recherche des critères de l'imitation.** L'analyse de certaines infractions au regard du concept d'imitation devrait **mettre en évidence la prise en compte par le droit pénal de comportements illicites d'imitation unilatérale**, bien au-delà de la simple copie d'une chose. Il nous faudra notamment **rechercher, parmi les éléments constitutifs des infractions considérées, les différents critères d'un comportement d'imitation** à savoir : **l'existence d'un modèle et sa représentation dans l'esprit de l'agent, un comportement et une intention d'imiter, et l'effet produit sur le public.**

Une certaine logique nous guidera tout au long de notre démarche. Il s'agira d'étudier pour chacune des infractions les objets protégés par le droit pénal, puis le comportement réprimé.

87. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps l'imitation unilatérale d'attributs identificatoires (Titre 1) puis dans un second temps l'imitation unilatérale d'une chose (Titre 2).

TITRE I : L'IMITATION UNILATERALE DES ATTRIBUTS

IDENTIFICATOIRES

88. *Personne et attributs personnels.* Par-delà son sentiment d'être, l'individu porte différents « masques », à commencer par celui de son apparence physique, qui constituent les personnages qu'il incarne et qu'il peut avoir choisis mais qui lui ont été le plus souvent assignés. Comme le souligne M. Jean-Marc TRIGEAUD, « la personne en son irréductible singularité existentielle [devient] la personne comme rôle ou « masque », perçue sous le biais de qualités abstraites et catégorielles, à commencer par l'« humanité » elle-même pour en arriver par exemple à la citoyenneté »¹⁹⁰.

L'individu n'est donc pas tant envisagé pour ce qu'il est mais comme il apparaît être par la perception de certains de ses attributs personnels. SPINOZA entendait « par attribut ce que l'entendement perçoit d'une substance comme constituant son essence »¹⁹¹. Ainsi, l'étude de l'imitation personnelle révèle la manière dont le juriste considère la personne comme valeur protégée par le droit. L'imitation personnelle ne peut se concevoir dans le champ pénal que comme l'appropriation de certains attributs personnels d'autrui tels qu'ils sont définis par le droit.

89. *Identité et rôle social, des attributs identitaires et symboliques.* La première forme d'imitation que nous nous proposons d'étudier est donc celle où **un individu cherche à imiter une autre personne** par l'utilisation de certains des attributs, qui lui sont propres et particuliers¹⁹², au regard du droit.

Lorsque ce comportement vise à « se faire passer pour », il s'agira pour l'imitateur de s'attribuer certains éléments identificatoires d'autrui, afin qu'un observateur puisse l'identifier comme étant le modèle. Tous les attributs n'ont cependant pas la même portée identificatoire en droit. Certains permettent de distinguer tous les individus d'une nation, les uns des autres, alors que d'autres renvoient plutôt à l'appartenance des personnes, à des groupes sociaux particuliers, identifiés par le droit.

C'est pourquoi il nous a semblé opportun de diviser les attributs identificatoires en deux catégories, suivant leur caractère **identitaire**, c'est-à-dire **relatifs à l'identité de l'individu**, ou

¹⁹⁰J.-M. TRIGEAUD, *Justice et Tolérance*, Bordeaux : Bière, 1997, p. 122.

¹⁹¹B. SPINOZA, *Éthique*, Paris : Flammarion, t. 3, 1993, p. 21. D'un point de vue métaphysique, un attribut est une propriété essentielle d'une substance.

¹⁹²V. E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Attribut.

plus symbolique, renvoyant au rôle social de la personne.

90. *Attributs identitaires.* D'une part, nous entendons par « attributs identitaires » **ceux que tout individu reçoit dès sa naissance et qui constituent son identité.** Ils sont soit naturels tels que les caractéristiques biologiques - dont dépendront le genre, la couleur des yeux, la voix, etc. - soit sociaux tel par exemple l'attribut nominatif. Ces éléments identificatoires appartiennent en propre à un individu donné, dans le sens où ensemble ils constituent l'essence même d'un seul individu.

91. *Attributs symboliques.* D'autre part, nous entendons par « attributs symboliques » **ceux qui sont acquis par l'exercice d'une fonction particulière, ou encore d'un titre.** Ils renvoient alors d'avantage aux statuts et aux rôles de l'individu dans la société. L'ensemble des attributs symboliques d'une personne peut être partagé par d'autres individus. A la différence des attributs classiques, qui sont immuables, les attributs symboliques sont donc moins personnels et varient tout au long de la vie.

92. *L'imitation unilatérale par l'usage d'attributs identificatoires.* L'imitation unilatérale d'autrui est donc plus ou moins personnelle. L'imitateur peut chercher à se faire passer pour un individu particulier, en s'attribuant ses éléments d'identité et on peut parler d'une **imitation de la personne** (Chapitre 1). Ou bien, le mime cherche à donner l'illusion qu'il a un statut ou exerce un rôle social particulier, détenu ou accompli par les membres d'un groupe social dont il ne fait pas partie, et l'on pensera davantage à l'**imitation d'un personnage**, au sens d'incarnation possible d'un rôle ou d'une fonction (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'IMITATION UNILATÉRALE D'UNE PERSONNE

93. *L'imitation personnelle, une appropriation possible des éléments identificatoires d'un modèle.* L'imitation personnelle renvoie à un comportement de mime qui peut se traduire par un **comportement d'appropriation des éléments caractéristiques d'une personne, prise pour modèle**. Un individu en imite un autre en « se faisant passer » ou « en agissant » comme s'il était cette autre personne. Et pour cela, il utilise des éléments qui définissent l'essence même d'autrui, ses attributs identitaires et/ou à caractère personnel.

L'imitation personnelle peut avoir une double conséquence. D'une part, elle peut atteindre le « sentiment d'être soi » de la personne imitée. D'autre part, elle peut rendre malaisée l'identification de la personne puisque les éléments perçus, et qui renvoient habituellement au modèle, sont représentés par un imitateur.

94. *L'imitation personnelle, une possible usurpation d'identité.* Un « bon » imitateur peut produire une illusion parfaite entre sa personne et celle d'autrui. Il lui sera même reconnu un certain talent dans le monde du spectacle ou dans la pratique, en quelque sorte « privée », de l'imitation. Dans ce sens, toute imitation personnelle n'est pas illicite et ne saurait intéresser le droit pénal.

Cependant, certaines imitations personnelles sont réalisées pour poursuivre des finalités délictueuses et l'on peut concevoir que le droit puisse prévoir de les réprimer. Il s'agirait alors d'une appropriation illicite de l'identité d'un autre. En droit pénal, l'appropriation des éléments identificatoires d'une personne trouvent comme support d'incrimination les infractions d'usurpation d'identité. Toutefois, il serait hasardeux d'affirmer d'emblée que toute appropriation des éléments d'identité d'autrui renvoie nécessairement à un comportement d'imitation.

95. *Une démarche comparative.* Nous sommes donc invité à procéder à une démarche comparative entre d'une part, la notion générale d'**imitation par l'utilisation des attributs identitaires d'un individu** et d'autre part, les infractions d'usurpation d'identité. Dans ce chapitre, nous rechercherons donc d'abord les objets protégés pénalement d'une éventuelle appropriation, ici les attributs personnels susceptibles d'être utilisés par un imitateur (Section 1). Puis, nous étudierons les textes d'incrimination qui organisent la répression de l'usurpation de tels attributs pour vérifier si les éléments constitutifs de l'infraction peuvent se comprendre à l'aune des critères d'un comportement d'imitation (Section 2).

SECTION I : LA PROTECTION PENALE DES ATTRIBUTS IDENTITAIRES

96. *Protection pénale de l'identité.* Au regard des textes concernant l'appropriation des attributs personnels d'un individu, il semble que le législateur s'attache fondamentalement à protéger l'identité de la personne. Il convient donc, avant même de rechercher les objets directs de la protection, à savoir les supports des éléments identitaires (II), de définir précisément la notion d'identité au sens pénal (I). Cette analyse nous permettra de présenter en aval ce que vise un comportement d'imitation unilatérale d'une personne, c'est-à-dire les éléments que s'approprie un imitateur frauduleux lorsqu'il cherche à se faire passer pour autrui.

I. Une définition pénale de l'identité restreinte mais extensible

97. *L'identité, l'individualisation et la conscience de soi.* Le terme « identité » vient du latin *identitas* qui signifie « idem », « le même ». Dans un sens premier, l'identité est la qualité qui fait qu'une chose est la même qu'une autre, que deux ou plusieurs choses ne sont qu'une¹⁹³.

Cette notion correspond aussi à l'ensemble des données qui contribuent à individualiser une personne en lui conférant un caractère permanent et fondamental. Elle permet la conscience qu'une personne a d'elle-même¹⁹⁴ et son identification par autrui. C'est pourquoi le Cornu, définit l'identité comme le fait qu'une personne est elle-même et non une autre, qu'elle reste la même dans toutes circonstances. Bien plus que sur la similitude, l'accent est mis ici sur la permanence¹⁹⁵.

L'identité d'un individu lui appartient en propre est à lui seul. Pour M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD, « l'identité est le signe d'une dignité que l'on n'acquiert pas plus qu'on ne le mérite mais que l'on possède par le simple fait d'être un existant humain »¹⁹⁶.

98. *Les critères multiples de l'identité.* L'identité peut recouvrir les caractéristiques biologiques et génétiques de l'individu, son individualité sociale ou encore l'état de sa personne

¹⁹³E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Identité.

¹⁹⁴Ibid.

¹⁹⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° Identité.

¹⁹⁶J.-M. TRIGEAUD, *Justice et Tolérance*, op. cit., p. 126.

en droit¹⁹⁷. Selon Mme Murielle BENEJAT, « outre sa polysémie, l'identité apparaît comme une notion complexe car il existe une multitude d'éléments identitaires pour une seule et même personne. En tant que *substratum* de la personne, l'identité revêt une nature tant privée que publique et poursuit une fonction à la fois individuelle et sociale »¹⁹⁸. Toutefois, tous les éléments de l'identité ne sont pas saisis par le droit¹⁹⁹.

Mme le Professeur Gilda NICOLAU considère l'identité comme « l'ensemble des manifestations de la vie physique et psychique de l'individu saisi dans le droit positif, pour identifier les destinataires des normes juridiques, notamment celles qui attribuent à ces derniers le bénéfice de droits à être protégées dans leur « sentiment d'être soi »²⁰⁰. L'auteur signale en particulier l'émergence de « critères subjectifs d'identification de ces destinataires »²⁰¹. On constate en effet que le droit, depuis quelques années, intègre de plus en plus de tels critères subjectifs dans la notion d'identité permettant de mieux protéger les personnes contre toute atteinte de ce que nous nommerons leur identité personnelle.

99. **Identité personnelle et juridique.** Cette identité représente l'être intérieur et comporte des éléments subjectifs et évolutifs auxquels le droit ne s'intéresse pas directement²⁰². Car comme le relève ERIKSON, l'identité n'est « jamais installée, jamais achevée comme le serait une manière d'armature de la personnalité ou quoi que ce soit de statique et d'inaltérable »²⁰³. Elle évolue en fonction du temps, concerne le passé mais aussi l'avenir, à la différence de l'identité juridique qui semble être statique puisqu'une fois les critères posés, ceux-ci ne peuvent être, *a priori*, changés.

Toutefois, comme le remarque justement Mme Diane DELALANDE, on constate

¹⁹⁷M. BENEJAT, *Les droits sur les données personnelles*, in Droits de la personnalité, Paris : LexisNexis, p. 559.

¹⁹⁸M. BENEJAT, *Les droits sur les données personnelles*, in Droits de la personnalité, LexisNexis, n° 923, p. 559.

¹⁹⁹J.-M. TRIGEAUD, *Justice et tolérance*, op. cit., p. 122. Le Professeur souligne que l'identité vise « l'élément immuable ou invariant qui reflète l'essence de l'existant humain ; elle atteint l'intelligible en l'homme, en le saisissant en son intégralité (chair et âme), selon la certitude que procure l'idéal ou l'esprit (intellect) qui la reçoit. Elle se présente alors sous la dimension de l'universalité ; qui est en même temps le trait marquant de la vérité « une » ou inconditionnée. [...] Ce n'est qu'ensuite que l'identité, inévitablement isolée de la singularité à laquelle elle renvoie, est explicitée par la raison, est formulée à travers les concepts et prend la dimension réduite des genres sur lesquels le droit peut s'établir ».

²⁰⁰M. DAVID-MENARD, GILDA NICOLAU, *Vers une subjectivisation de l'identité* (Introduction), in L'identité juridique de la personne humaine, Paris : l'Harmattan, 2013, p. 241.

²⁰¹M. DAVID-MENARD, GILDA NICOLAU, id., p. 242.

²⁰²V. notamment, J.-M. TRIGEAUD, id., p. 122. Le professeur relève que « d'un côté, certes, la personne s'assume en tant que genre et elle entre dans un moule déterminé qui lui permet de bénéficier d'un statut précis comportant des droits et des charges selon des calculs d'égalité, mais, d'un autre côté, la personne dans la réalité de son existence concrète et irremplaçable ou dans sa *dignité* n'est pas pour autant effacée ».

²⁰³E. H. ERIKSON, *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris : Flammarion, 1978, p. 20.

actuellement une « modification de la relation entre corps et personnes »²⁰⁴. La notion de vie privée ayant trouvé une définition élargie au fil du temps, le corps de l'Homme lui-même s'inscrit dans le cadre de la vie privée moderne. Beaucoup plus de données personnelles peuvent désormais composer l'identité juridique, telles que le surnom ou encore les données numériques, bénéficiant alors d'une protection par le droit.

En outre, certaines données objectives qui composaient l'identité juridique sont maintenant désuètes ou moins statiques qu'auparavant : l'identité juridique d'une personne peut être modifiée, sous certaines conditions, alors même qu'elle est posée dès la naissance.

100. *L'identité juridique, une valeur protégée en mutation.* On constate aujourd'hui l'apparition d'une certaine convergence entre identité juridique et identité personnelle. En même temps, l'identité personnelle étant évolutive, il paraît difficile de concilier la réalité personnelle à un moment donné et la réalité juridique. C'est pourquoi on ne peut parler de l'émergence d'une identité personnelle dans l'identité juridique mais plutôt d'une « identité juridique personnalisée », c'est-à-dire « la prise en compte ponctuelle et modérée de la volonté individuelle dans l'identité juridique lorsque cela ne nuit pas à l'identification, voire que cela contribue à la fiabilité et à la pertinence de l'identification juridique et que la possibilité offerte n'est pas contraire aux valeurs républicaines de l'État »²⁰⁵.

101. *Une prévention élargie contre l'imitation personnelle illicite.* Cette évolution de l'identité juridique n'est pas sans conséquence pour une réflexion sur la notion d'imitation personnelle en droit pénal. En effet, elle signifie que le législateur prévoit dorénavant de protéger des données personnelles qui débordent la conception classique de l'identité (Paragraphe 1) pour intégrer d'autres éléments, dans la limite qu'ils contribuent à l'identification de la personne et qu'il convient donc de préciser (Paragraphe 2). Par ailleurs, cette protection pénale s'étend à l'identité de la personne morale (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. La protection classique de l'identité en droit pénal

102. *La composition de l'identité classique.* L'identité juridique est une notion abstraite mais

²⁰⁴D. DELALANDE, *L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle (L'approche du juriste)*, in *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 259.

²⁰⁵D. DELALANDE, *L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle (L'approche du juriste)*, op. cit., p. 259.

les éléments qui la composent peuvent être matérialisés. Si la notion souffre d'une absence de définition en droit pénal, il est possible d'en relever le caractère restrictif comparativement au droit civil (A). Le nom, matérialisé par la signature, en constitue en effet l'élément principal (B).

A. Proposition d'une définition classique de l'identité en droit pénal

103. ***L'identité selon le champ de protection.*** La notion d'identité recouvre des réalités bien différentes suivant que l'on se situe dans le champ du droit civil ou pénal, parce qu'elles n'obéissent pas aux mêmes fonctions sociales.

104. ***L'identité et l'état civil.*** Au sens classique et de manière générale, l'identité juridique est d'abord vue sous l'angle civil. Composé d'éléments permettant de l'individualiser²⁰⁶, l'état civil d'une personne est établi dès sa naissance par un acte rédigé par une autorité publique habilitée. Y sont notamment consignés, entre autres, ses nom(s) de famille et prénom(s), son âge, son sexe, sa filiation, sa nationalité. La personne physique, et seulement elle, est ainsi identifiée par l'ensemble des éléments objectifs inscrits sur son acte d'état civil.

105. ***Identité et droit civil.*** La matière civile requiert une conception plutôt large de l'identité pour une meilleure protection de la personne et des intérêts de l'État. Signe d'individualisation²⁰⁷, le nom indique le rattachement à une même famille, tandis que le prénom permet la distinction entre les différents membres de cette dernière. L'individu se sent unique, seul possesseur de cette identité civile. Le nom est également un signe d'identification pour les citoyens et surtout pour l'État ; on parle à ce propos de police civile.

106. ***Identité et sentiment d'identité.*** HAURIOU considère que « la personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, elle naît avec l'homme, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ... »²⁰⁸. M. le Professeur Daniel GUTMANN ajoute que « la personnalité juridique joue un rôle important dans la constitution du sentiment d'identité. Le

²⁰⁶L'article 34 du Code civil vise l'acte d'état civil et garantit l'identification de la personne dès sa naissance.

²⁰⁷C. LACROIX, *Usurpation d'identité*, Rep. pén., 2012, n°35.

²⁰⁸M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, Paris : Larose, 1899, p. 43.

droit, après avoir procédé pour ses besoins propres à une réduction de la personne concrète, influe en retour sur le *sentiment* de la personne concrète de demeurer la même au travers du temps et des situations »²⁰⁹. En effet, « chacun perçoit que l'attribution d'un nom, d'un prénom, et plus généralement d'un ensemble d'éléments stables d'identification, jouent un rôle décisif dans la constitution du sentiment d'identité. C'est ainsi que l'identité civile a pu être considérée comme l'"équivalent", dans l'ordre du droit, de l'identité personnelle soit le "sentiment que nous avons d'être le même aujourd'hui qu'hier et tous les jours précédents" »²¹⁰.

À partir de ces considérations, on peut de prime abord conclure que s'approprier l'identité civile d'autrui peut heurter chez celui-ci le sentiment de se sentir unique, en portant atteinte à son identité personnelle.

107. **Identité et droit pénal.** Mme le Professeur Agathe LEPAGE rappelle que « le principe d'interprétation stricte de la loi pénale commande de retenir une notion de l'identité plus ramassée »²¹¹ qu'en matière civile. L'identité au sens pénal ne doit donc pas être largement entendue car si l'objectif en droit civil est la protection de l'individu, la mission du droit criminel est la sanction de comportements répréhensibles. La protection pénale de l'identité renvoie nécessairement à l'idée d'une appropriation frauduleuse des éléments identitaires d'autrui, qui ne peut concerner tous les constituants de l'identité d'une personne. Il convient donc d'étudier les éléments pouvant être l'objet d'une appropriation illicite, et dans ce sens composer l'identité au sens pénal.

Dans cette optique, et en l'absence d'une définition précise de l'identité par le droit pénal, nous en préciserons les limites (1) avant d'analyser son contenu (2).

1) *Une conception classique de l'identité*

108. **Absence de définition.** Si le Code pénal ne le cite pas moins d'une quarantaine de fois, le législateur n'a jamais pris soin de définir les contours du terme « identité » et d'en donner une définition exhaustive. Par exemple, cette notion est directement évoquée dans les infractions de faux, inscrites aux articles 441-2 et suivants du Code pénal, sans pour autant être définie ; ou

²⁰⁹D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2000, p. 13.

²¹⁰VIGNERON, cité par D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 13.

²¹¹A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, JCP G, 2011, p. 913, n° 8.

encore dans l'infraction d'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du même Code. De même, dans son alinéa 2, l'article 781 du Code de procédure pénale fait référence à l'identité imaginaire, mais là encore sans plus de précision.

Certaines dispositions pénales s'intéressent à l'orientation sexuelle, qui peut être considérée comme un élément de l'« identité sexuelle »²¹² de l'individu. Or, nous devons exclure de l'identité pénale cet élément d'identification²¹³ car il ne saurait permettre à lui seul une identification de la personne, tout comme d'autres éléments tels que la filiation par exemple. Tout au plus, ils seront pris en compte parmi d'autres éléments pour permettre une identification.

De même, ces éléments caractéristiques seuls ne sauraient procurer à la personne un sentiment d'identité, c'est-à-dire l'assurance d'être unique. Dans ce sens, M. le Professeur Edouard VERNY remarque que l'identité pénale, « ne recouvre pas, au-delà de la façon de s'appeler, tout ce qui peut distinguer [la personne] d'autres individus (comme son sexe, sa date de naissance ou sa profession) »²¹⁴.

109. ***Des textes d'incrimination protégeant le nom.*** Ainsi devons-nous nous appuyer sur d'autres textes d'incrimination pour tenter d'élaborer une définition de l'identité au sens pénal. Et les infractions renvoyant, non pas à l'« identité », mais au « nom » se révèlent pour cela particulièrement intéressantes.

L'article 433-19 du Code pénal prévoit ainsi la sanction de l'usage d'un faux nom dans un acte public et l'article 434-23 du même Code interdit la fausse déclaration d'un état civil. L'article 781 du Code de procédure pénale réprime en son alinéa 1 la prise d'un faux nom en vue de la délivrance d'un extrait de casier judiciaire. On retrouve également dans une ancienne loi de 1895²¹⁵ en matière de faux artistique la sanction de l'usage d'un nom. Si ces dispositions ne mentionnent pas l'identité, elles nous permettent d'entrevoir ce qu'il faut comprendre par identité pénal. L'utilisation du terme « nom » ne se limite alors pas au seul nom de famille mais plus largement, au nom et à ses accessoires²¹⁶.

Ainsi, l'identité pénale est composée classiquement du nom de famille, du prénom mais également du pseudonyme et elle ne saurait aller au-delà.

²¹²V. par ex. Art. 132-77 C. pén. ; Art. 221-4 C. pén. ; Art. 222-3 C. pén. ; Art. 222-8 C. pén. ; Art. 226-9 C. pén.

²¹³Cette identité sexuelle fait toutefois indéniablement partie de l'identité de la personne telle que l'entend M. D. GUTMANN, car elle contribue au sentiment d'être soi.

²¹⁴E. VERNY, *Usurpation d'identité*, art. 226-4-1, J.-Cl. Communication, 2015, fasc. 58, n° 4.

²¹⁵L. des 9 et 12 février 1895 (B. des lois, 12e B 1682, n° 29123, Loi modifiée par L. n° 94-102, 5 février 1994).

²¹⁶L'identité au sens pénal est donc restreinte, alors que l'identité au sens civil comprend tous les éléments d'identification inscrits sur l'état civil.

2) *Le contenu de l'identité classique au sens pénal : le nom et ses accessoires*

110. **Le nom au sens strict.** Premier marqueur social de l'individu, pour CASSIER, « le nom exprime l'intérieur de l'homme, ce qu'il a d'essentiel, il « est » exactement cet intérieur »²¹⁷.

Depuis la loi du 6 fructidor an II²¹⁸, le nom d'un individu est celui inscrit sur son acte d'état civil²¹⁹. Il reste alors par principe l'un des éléments immuables permettant d'identifier une personne, même s'il est possible, sous certaines conditions, de déposer une demande administrative de changement de nom²²⁰. Ainsi, l'appropriation illicite du nom d'une personne ne peut concerner que celui enregistré dans son acte d'état civil.

111. **Le prénom.** Accessoire principal du nom, le prénom constitue également un élément essentiel de l'identité puisqu'il permet d'individualiser une personne dans une famille dont les membres partagent le même patronyme. Le prénom peut également subir un changement, sous certaines conditions²²¹, au regard d'un intérêt légitime²²².

112. **Le pseudonyme.** Facultatif, le pseudonyme est le dernier accessoire du nom, choisi généralement par l'individu lui-même, et autorisant par conséquent une plus grande liberté.

Selon un auteur, « prendre un pseudonyme, c'est agir en acteur envers son nom »²²³. En effet, il s'agit pour l'individu de créer son propre nominatif, nom *sui generis*²²⁴, afin de cacher son véritable nom et/ou prénom, en application du droit à l'anonymat. Le pseudonyme sert ainsi à dissimuler son identité administrative tout en continuant à être identifiable²²⁵. Dans ce sens,

²¹⁷E. CASSIER, *La philosophie des formes symboliques, 2. la pensée mythique*, Paris : Minuit, 1972, p. 63.

²¹⁸L. du 6 fructidor an II (23 août 1794), toujours en vigueur (L. 24 août 1794, B. des lois, 1^{ère} S., B. 44, n° 240).

²¹⁹Art. 1er L. 6 fructidor an II, « aucun citoyen ne porte de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance ».

²²⁰Le changement de nom relève d'une procédure administrative. Mais la demande doit être motivée par un intérêt légitime et adressée au garde des sceaux puisque les cas de changements sont restreints et réglementés, autorisés seulement par décret publié au Journal Officiel. Toutefois, cette faculté de changement de nom démontre clairement la possibilité offerte par le droit d'une reconstruction de l'individu par le biais de son nom. (V. en parallèle J.W. VON GOETHE, *Vérité et Poésie*, Paris : Hachette et cie, 1862, Deuxième partie, Livre VI, p. 351 : « le nom propre d'un homme n'est pas simplement un manteau qui flotte autour de sa personne, et qu'on peut, à la rigueur, secouer et tirailler ; c'est un habit parfaitement juste, qui s'est développé sur l'homme tout entier, comme la peau, que l'on ne peut ni érafler ni écorcher sans le blesser lui-même »).

²²¹La demande relève alors de la compétence du juge aux affaires familiales (Art. 60 C. civ.).

²²²Selon l'article 60 du Code civil, toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. Ainsi le ridicule du prénom, l'intégration ou la coordination du prénom avec le nouveau sexe en cas de syndrome de transsexualisme sont autant d'intérêts légitimes acceptés par la jurisprudence.

²²³S. N. BOULGAKOV, *La philosophie du verbe et du nom*, Paris, Lausanne : L'Âge d'homme, 1991, p. 166.

²²⁴Une distinction peut être faite entre le surnom et le pseudonyme. Ce dernier est, en pratique, choisi par son titulaire, à la différence du surnom, qui est attribué par les autres.

²²⁵Voir J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux, 1998, n° 393 et s.

la Cour de cassation a défini le pseudonyme comme étant « un nom de fantaisie librement choisi par une personne pour masquer au public sa personnalité véritable dans l'exercice d'une activité particulière »²²⁶.

Cet accessoire a toujours trouvé une utilité dans des domaines particuliers tels que l'art pictural ou la littérature. Certaines activités appellent en effet à l'utilisation d'un pseudonyme alors que d'autres excluent une telle utilisation, comme dans les professions médicales²²⁷.

Aujourd'hui, le pseudonyme est utilisé dans de nouvelles activités telles que le « e- gaming »²²⁸. De manière générale, avec le développement des réseaux sociaux et d'internet, le pseudonyme est utilisé par les utilisateurs de certains sites dans le but de cacher leur identité au public.

Notons que s'il existe une certaine liberté quant au choix d'un pseudonyme, celui-ci ne doit en aucun cas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Enfin, le pseudonyme présente une nature duale, car à la fois considéré comme propriété de son titulaire et signe de sa personnalité, cet accessoire pourra être protégé contre toute utilisation abusive et contre toute usurpation²²⁹, quelle que soit la notoriété acquise par son titulaire.

113. **Les conséquences sur l'imitation.** Comme le précise Mme le Professeur Agathe LEPAGE, l'identité « apparaît ainsi pétrie du nom de la personne, mais entendu dans un sens large, celui qu'elle a reçu par la naissance, celui qu'elle a pris à l'occasion d'un changement officiel de nom ou, en fait, celui qu'elle s'attribue. Bref, l'identité en ce sens, c'est la façon dont la personne s'appelle ou se fait appeler »²³⁰. Une fois le nom et le prénom inscrits dans l'acte d'état civil, le titulaire du nom dispose d'un droit absolu d'usage personnel²³¹.

²²⁶Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1965, B. civ. n° 148.

²²⁷Cette exclusion s'explique par la volonté d'assurer la sécurité des patients, qui doivent savoir à qui leur santé est confiée. Ainsi, au regard de l'article L. 4113-3 du Code de la santé publique, il est interdit d'exercer la médecine sous un pseudonyme. Toutefois, l'article R. 4127-75, alinéa 2, du même Code impose aux médecins qui utilisent un pseudonyme pour des activités « se rattachant » à leur profession d'en faire la déclaration au conseil départemental de l'Ordre. A défaut, selon l'article L. 4163-5, toujours du même Code, il s'agit d'un délit intentionnel puni d'une amende de 4 500 € et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 €. V. notamment J. PENNEAU, *L'utilisation d'un pseudonyme par les membres des professions médicales, Propos sur une réponse ministérielle*, JCP G, 1985, p. 3185 ; V. également Cass. crim., 27 juin 1899, DP 1900, 1, jurispr. p. 365, rapp. ACCARIAS ; Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-81778, non publié au bulletin.

²²⁸Ce terme ne trouve pas encore de définition exacte. Aussi appelé « e-sport », désignant en anglais l'« electronic sport », nous pouvons le décrire comme une pratique individuelle ou collective d'un jeu vidéo sur les réseaux de communication publique.

²²⁹V. sur ce point Ph. BONFILS, *Le pseudonyme entre personnalité et propriété : un signe distinctif en quête de statut*, D. 2000, p. 801.

²³⁰A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 10.

²³¹Les jurisprudences montrent, en ce sens, une certaine suprématie du nom. V. notamment Cass. civ., 30 janv.

Ainsi, même si l'identité classique au sens pénal est comprise de manière plus restreinte qu'en droit civil, elle reste composée des éléments essentiels de l'identité d'un individu. « L'identité devient, non seulement un état ou un processus, mais une "capacité de rester identique à soi-même au cours de l'évolution"²³², et le sentiment d'identité, son reflet²³³ ». Dans ce sens, celui qui s'approprie l'identité d'autrui empêche ce dernier d'être unique. Il nie l'existence de celui dont il a pris l'identité car son comportement consiste à s'attribuer des éléments qui définissent personnellement, socialement et juridiquement un autre individu et semble bien relever d'une imitation illicite. Le législateur a donc érigé le nom de famille, le prénom ainsi que le pseudonyme en objets de protection notamment contre toute appropriation frauduleuse.

Cette protection concerne l'utilisation orale des éléments de l'identité, mais également les écrits, dans lesquels elle est matérialisée par la signature.

B. L'identité matérialisée par la signature

114. **La fonction de la signature.** La signature est souvent composée du nom de famille, parfois associé au prénom et tracé de façon personnalisée. À défaut du nom, il doit s'agir d'un signe écrit²³⁴, la signature même illisible étant valable du moment qu'elle permet d'individualiser son auteur²³⁵. Deux personnes possédant des noms identiques voire les mêmes prénoms en cas d'homonymie pourront donc être distinguées par leurs signatures et c'est bien là toute la fonction de cette matérialisation de l'identité.

Ce qui importe en priorité est que la signature émane de son titulaire²³⁶, dans la mesure où elle est souvent une mention obligatoire dans des écrits officiels. Elle permet ainsi d'authentifier un écrit²³⁷ et possède une force probante indéniable car elle montre bien

1878, DP 1878, I, 231 ; Cass. Req., 24 juin 1908, DP 1908, I, 551.

²³² LICHTENSTEIN, cité par D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 14.

²³³ D. GUTMANN, id., p. 15.

²³⁴ Ne saurait donc constituer une signature une croix, si elle ne permet pas l'individualisation de la personne, ni une empreinte digitale. V. anciennement Cass. civ., 15 mai 1934, S. 1935, I, p. 9.

²³⁵ Cass. Req., 1^{er} mars 1904, S. 1904, I, p. 288.

²³⁶ D'ailleurs, peu importe que la signature ne soit pas la signature habituelle, si elle peut individualiser son titulaire. V. en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1959, D. 1959, p. 507 (2^{ème} espèce) note G. HOLLEAUX, JCP G 1959, II, 11323, note P. VOIRIN ; ou encore CA Versailles, 16 janvier 1992, D. 1993, somm. p. 229, obs. M. GRIMALDI.

²³⁷ Selon l'article 1316-4 du Code civil, « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

l'intention de son titulaire d'adhérer aux termes de l'acte signé.

115. **La signature électronique.** Par ailleurs, depuis une loi du 13 mars 2000²³⁸, la signature électronique a autant de valeur juridique qu'une signature manuscrite. Ainsi, comme le définit l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil, « lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». Lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire est assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées en Conseil d'État²³⁹. Notons que l'acquisition d'un certificat de signature afin, par exemple, de répondre aux marchés publics sous forme dématérialisée, fait l'objet de procédures de contrôle rigoureuses, ce qui se comprend puisque qu'il s'agit de dématérialiser un signe matérialisé de l'identité.

116. **La signature, objet possible d'une imitation illicite.** Le comportement d'imitation de signature, qu'elle soit manuscrite ou électronique, perturbe sa fonction d'authentification des écrits et comporte ainsi deux aspects : une imitation matérielle, la reproduction servile ou non de la signature, mais également et derrière la première, une imitation de la personne qui en est titulaire. L'imitation de signature est doublement punissable car d'une part, l'acte signé n'est plus authentique et d'autre part, il y a appropriation par autrui d'une prérogative unique et personnelle de son titulaire. Par conséquent il importe que le législateur sanctionne cette imitation illicite notamment au travers des infractions de faux car il s'agit bien, en reproduisant la signature d'autrui, de « se faire passer pour » ce dernier, mais surtout d' « agir à la place de » en créant une fausse apparence de la réalité.

117. **Une définition restreinte de l'identité classique qui n'exclut pas une extension de la protection.** Parce qu'il n'en retient que le nom et ses accessoires, le droit pénal admet une définition de l'identité qui s'avère plus restrictive qu'en droit civil. La matière répressive entend également protéger d'autres données personnelles permettant l'identification d'une personne.

²³⁸L. n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

²³⁹Nous noterons que cette signature est valable seulement si le procédé d'identification sur lequel elle repose est fiable pour garantir un lien avec l'acte. Mais cette fiabilité est présumée jusqu'à preuve du contraire.

Paragraphe 2. La protection des données personnelles identifiantes

118. *L'homme, un « être informationnel »*. Le législateur a semblé considérer plus récemment que les individus ne se distinguaient pas seulement par leur identité nominative mais également par d'autres informations personnelles, plus subjectives et sociales. Car l'homme est un « être informationnel »²⁴⁰ et il est clair aujourd'hui que l'individu ne se définit pas seulement par son identité classique. Par conséquent, de nombreuses informations personnelles doivent également être protégées car pouvant faire l'objet d'une appropriation.

119. *La loi du 6 août 2004 Informatique et libertés*²⁴¹. Si la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁴² visait exclusivement « les informations nominatives », la loi du 6 août 2004 dite loi « Informatique et libertés » a modifié l'expression en « données à caractère personnel »²⁴³. Émerge ainsi l'idée que l'homme se définit par son nom mais aussi par d'autres éléments personnels d'identification. Corrélativement, le législateur est intervenu en matière pénale pour élargir la protection des éléments d'identification d'une personne en sanctionnant tout comportement d'utilisation au sens large de ceux-ci. En particulier, la nouvelle loi a remplacé les articles 226-16 à 226-23 du Code pénal afin de réprimer les atteintes aux droits de la personne par l'utilisation des fichiers ou des traitements informatiques.

120. *Des données à caractère personnel*. Les données à caractère personnel sont désormais à entendre comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable »²⁴⁴. Est alors « réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique,

²⁴⁰J. FRAYSSINET, *La protection des données personnelles*, in Droit de l'informatique et de l'internet, Paris : PUF, 2001, n°10, p. 9.

²⁴¹L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁴²L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁴³L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Cette loi permet la transposition en France de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO n° L. 281 du 23/11/1995, pp. 0031-0050).

²⁴⁴Art. 2, alinéa 2, L. n° 2004-801 6 août 2004. Cette définition est celle que prévoyait la Directive 95/46/CE (préc.)

économique, culturelle ou sociale »²⁴⁵. Par la suite, les atteintes à ces données ont été élargies par d'autres dispositions et l'on retrouve cette expression « données à caractère personnel » aux articles 226-16 et suivant, 323-1 et suivants ou encore R. 625-10 et suivants du Code pénal.

Toutefois, cette volonté de protection élargie comportait des limites. Elle visait les données concernant les personnes physiques mais non les personnes morales. Par conséquent, elle ne prévoyait qu'un type de comportement : l'atteinte résultant de l'utilisation des fichiers ou des traitements informatiques et des systèmes de traitement automatisé de données. En dehors de ces situations, les données autres que le nom permettant d'identifier une personne ne trouvaient donc pas de protection au regard de cette loi. Or, en 2011, a été engagée une réflexion sur l'usurpation d'identité réalisée notamment sur internet.

121. **La loi du 14 mars 2011 LOPPSI II.** Pendant longtemps l'expression « données à caractère personnel » s'est maintenue, mais la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI II²⁴⁶ est intervenue pour élargir cette notion en intégrant un nouvel article 226-4-1 dans le Code pénal. Lors des discussions préalables à la rédaction de cette dernière disposition, il était envisagé de reprendre les termes de « données à caractère personnel », expression connue du droit positif que ce soit dans les textes comme dans la jurisprudence. Pourtant le législateur en a décidé autrement et a choisi de protéger les « données de toute nature permettant d'[...]identifier » autrui.

Si cette initiative semble tout à fait louable, on ne peut que constater que le législateur n'a pas pris le soin de donner de définition à cette nouvelle expression. Cependant, malgré l'absence de jurisprudence précise en application de l'article 226-4-1 du Code pénal, indéniablement, l'expression « données de toute nature permettant d'identifier une personne » paraît bien plus complète qu'à l'origine, parce qu'elle vise également les personnes morales²⁴⁷ et qu'elle autorise la considération de données qui n'étaient pas jusque-là protégées. Une première circulaire en date du 28 juillet 2011²⁴⁸ est d'ailleurs intervenue pour orienter la lecture

²⁴⁵On ne peut que constater que cette définition est particulièrement large afin d'englober un grand nombre de données à caractère personnel.

²⁴⁶L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure [LOPPSI II] ; V. notamment C. RIBEYRE, *LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression*, Dr. pénal, 2011, Étude 10 ; A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit.

²⁴⁷Les personnes morales ne sont pas visées par le loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

²⁴⁸Circ. du 28 juillet 2011 relative à la présentation des dispositions de droit général et de procédure pénale générale de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

et l'application de la loi LOPPSI II²⁴⁹ et *a fortiori* le nouvel article. L'objectif de la loi est clair : « cette disposition a pour objet de permettre une **répression des usurpations d'identité plus étendue** que celle qui était jusque-là prévue par le Code pénal »²⁵⁰.

122. ***La diversité des données protégeables.*** Selon M. le Professeur Edouard VERNY, il faut comprendre que sont concernées « toutes sortes de renseignements sur la personne dès lors qu'ils permettent de l'identifier ou la rendent identifiable par des moyens raisonnablement à la portée de ceux qui en ont connaissance »²⁵¹.

Compte tenu de cette précision, et au regard du concept d'imitation, nous avons tenté de classer ces « données de toute nature permettant d'identifier » une personne, dans l'esprit de l'article 226-4-1 du Code pénal – seul texte à intégrer jusqu'à présent une telle expression en droit répressif – et selon deux critères essentiels²⁵² : il doit s'agir de données personnelles d'une part, et de nature à permettre l'identification d'une personne physique ou morale, d'autre part.

La nouvelle expression concernant les données « de toute nature » permet ainsi de prendre en compte les éléments objectifs discutés lors de la rédaction du texte d'incrimination, à savoir les données d'identification numéraires et techniques (A). Nous considérons que le nouveau texte permet également la protection de données identitaires plus subjectives, appréhendables physiquement tels que la voix ou encore les gestes (B).

A. Les données d'identification numéraires et techniques

123. ***Les données sur des réseaux de communications électroniques.*** Les données d'identification numéraires et techniques sont utilisées au travers d'une interface comme les réseaux de communications électroniques²⁵³.

124. ***Les données numéraires.*** Aujourd'hui, de nombreuses données numéraires permettent l'identification d'une personne, telles que le numéro de sécurité sociale, le numéro de compte ou de carte bancaire, le numéro de téléphone, et plus généralement, tous les numéros

²⁴⁹ L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

²⁵⁰ § 1.1.1, Circ. du 28 juillet 2011, préc.

²⁵¹ E. VERNY, *Usurpation d'identité*, op. cit., n° 11.

²⁵² Ces critères sont identiques à ceux des données à caractère personnel.

²⁵³ V. sur ce point V. PELTIER, *Communications électroniques*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 40, 2005.

d'immatriculation de la personne, voire de ses biens²⁵⁴. Ils sont personnels et peuvent faire l'objet d'une appropriation illicite, en perturbant l'identification de leur titulaire. C'est-à-dire qu'un individu peut utiliser les données numéraires d'un autre, pour se faire passer pour lui et entrer illégalement sur un site internet ou encore échapper à une contravention.

Les données numéraires collectives. On peut s'interroger toutefois quant au caractère strictement personnel de ces éléments d'identification qui sont, pour des raisons de fait ou de droit, parfois collectives et non individuelles, tels que le numéro d'un compte bancaire commun ou encore celui d'une ligne de téléphone fixe du domicile de plusieurs personnes. En effet, de telles données ne sont pas à considérer comme individuelles et la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur de telles situations. Pourtant, il s'agit là de données collectives aptes à permettre l'identification, non pas d'une seule mais de plusieurs personnes. Ainsi, au regard de l'article 226-4-1 du Code pénal, même si les données sont collectives, elles restent personnelles et identificatoires. Et la personne qui utiliserait de tels éléments porterait atteinte à tous les titulaires de ces données, chacun pouvant alors se constituer partie civile. Concrètement, les juges du fond devraient apprécier si la donnée est de nature à identifier une ou plusieurs personnes. Si tel était le cas, elle entrerait dans le champ de protection de l'article 226-4-1 du Code pénal.

125. **Les données techniques.** D'autres données, plus techniques encore, permettent de nos jours une identification de la personne, et sont donc susceptibles d'être utilisées illégalement sur des réseaux de communication électronique. Parmi celles-ci, on trouve d'une part les données d'authentification telles que les logins et mots de passe, les codes d'accès à des comptes privés sur le numérique ou les adresses e-mails ; et, d'autre part, les données d'empreintes et de passage sur la toile, à l'instar des adresses IP²⁵⁵, des adresses URL mais encore de toutes les informations contenues sur un ordinateur lors de son utilisation par une personne, autrement dit,

²⁵⁴Tel que le numéro d'immatriculation d'une automobile qui appartient à une personne déterminée.

²⁵⁵V. TGI Paris, 24 juin 2009, RG n°08/03317, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a. L'adresse IP est considérée comme une donnée personnelle identifiante « permettant de retrouver la personne physique ayant mis en ligne le contenu » ; V. également CJUE, 19 octobre 2016, aff. C-582/14. « Une adresse de protocole Internet dynamique enregistrée par un fournisseur de services de médias en ligne à l'occasion de la consultation par une personne d'un site internet que ce fournisseur rend accessible au public constitue, à l'égard dudit fournisseur, une donnée à caractère personnel au sens de cette disposition, lorsqu'il dispose de moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée grâce aux informations supplémentaires dont dispose le fournisseur d'accès à Internet de cette personne ». L'adresse IP doit effectivement être considérée comme une donnée à caractère personnel, même si les données d'identification de la personne concernée sont détenues par un tiers, à savoir le fournisseur d'accès qui la lui a fournie, et bien qu'il existe des moyens légaux pour autoriser celui-ci à communiquer ces éléments d'identification.

son historique de recherche²⁵⁶.

On peut également intégrer dans la nouvelle définition des éléments d'identification personnelle d'autres données techniques qui, sans support électronique, appartiennent légalement à une personne déterminée telle qu'une plaque d'immatriculation²⁵⁷ qui permet de retrouver le propriétaire d'un véhicule. Usurper de telles données pourrait empêcher l'identification de l'auteur d'une infraction routière par exemple.

Les données techniques collectives. Comme pour les données numéraires, plusieurs personnes peuvent être repérées par le biais d'une même donnée technique, par exemple des membres d'une famille ou d'une entreprise utilisant le même ordinateur avec une seule et même adresse IP. Bien qu'elle concerne collectivement plusieurs personnes, cette donnée peut éventuellement permettre d'identifier l'une d'entre elles à un moment donné. Ce sera alors aux juges d'apprécier la pertinence de ces données à permettre une telle identification.

126. **Le renforcement de la protection des éléments identitaires.** L'évolution des dispositions légales démontre bien une volonté de renforcer la protection des éléments identitaires face au progrès des modes de communication de plus en plus dématérialisés. C'est pourquoi, bien que seules les données numéraires et techniques aient été discutées lors de la rédaction de la loi LOPPSI II,²⁵⁸ il nous semble que son esprit autorise la prise en compte d'autres caractéristiques personnelles, pouvant entrer dans le champ de protection de l'article 226-4-1 du Code pénal.

B. Les données naturelles de la personne

127. **Des éléments identitaires associés à l'identité nominative.** Selon M. Alexandre ZABALZA, « c'est par le corps que la personne se présente au monde »²⁵⁹. Un individu peut

²⁵⁶Les articles L. 34-1 et suivants du Code des postes et des communications électroniques prévoient une certaine durée de conservations de ces données par les fournisseurs.

²⁵⁷Toutefois, il faut noter que cette donnée est également protégée par une infraction spécifique, l'article L. 317-4-1 du Code de la route. Ainsi, en cas d'utilisation des numéros et lettres de la plaque d'immatriculation d'autrui, devra être réglé un conflit de qualifications, notamment au regard de la règle *specialia generalibus derogant*.

²⁵⁸L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, préc.

²⁵⁹A. ZABALZA, *Introduction*, in *Droits de la personnalité*, Paris : LexisNexis, 2013, n° 57, p. 33. La donnée corporelle de l'homme est un problème de philosophie, comme l'explique l'auteur. « La tradition philosophique occidentale perçoit le corps comme *une substance matérielle* définie par ses propriétés, que sont : *le volume, la résistance et la masse* ». « Mais la liberté laissée à la pensée philosophique n'est pas celle du droit. Les contraintes de la science normative l'obligent à représenter le corps selon les schémas qui se présentent devant lui. Ainsi, l'isolement mécaniste des organes, des produits du corps humain, tout comme la fracture quasi

effectivement être identifié d'abord par des caractéristiques physiques²⁶⁰ telles que son apparence, son image, sa voix, sa gestuelle, mais également ses empreintes digitales ou encore son ADN²⁶¹. Et, à notre sens, ces éléments peuvent être considérés comme des informations d'identification complémentaires au nom de la personne. Là encore, pour pouvoir parler de données de nature à permettre une identification, il est nécessaire que les deux conditions soient remplies : elles doivent être personnelles et ne pouvoir distinguer qu'une seule personne.

128. **L'image.** En matière civile, l'image représente la personnalité de son titulaire²⁶². L'image est l'« expression de la maîtrise de la personne sur son apparence, indépendamment de tout enjeu de révélation d'une information personnelle dont l'image pourrait être pourvoyeuse ». Le droit à l'image est « un droit primordial, pour chacun, de soustraire à autrui la représentation de sa personne qui en est l'attribut puisqu'elle la représente (en tient lieu) et la reproduit (comme un double) »²⁶³. Influencée par la doctrine, la jurisprudence civile fonde ses décisions en la matière sur l'article 9 du Code civil afin d'évoquer un droit exclusif, le droit au respect de son image, le droit de s'opposer à la reproduction de son image ou encore le droit de s'opposer à sa diffusion sans autorisation expresse²⁶⁴.

Le droit pénal ne méconnaît pas l'image, la considérant comme une donnée personnelle au sens de la loi Informatique et libertés²⁶⁵ - que ce soit l'image de la personne ou de ses biens. Il semble qu'elle soit essentiellement un moyen de porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou à son honneur²⁶⁶. Par exemple, l'article 226-1 du Code pénal sanctionne sa fixation, sa représentation ou sa captation, au titre des atteintes à la vie privée, dans un lieu privé et sans le

schizophrénique du corps et de l'individu portée par les sciences, somment le droit de livrer réponse en traçant les frontières du licite et de l'illicite » (A. ZABALZA, id., n° 59, p. 34).

²⁶⁰V. notamment P. MOURON, *L'identité virtuelle et le droit « sur » l'identité*, RLDI, 2010, pp. 58-62, parlant d'identité virtualisée concernant les photographies mais seulement sur internet.

²⁶¹Acide désoxyribonucléique.

²⁶²V. sur ce point J.-Ch. SAINT-PAU, *Définition conceptuelle du droit au respect de la vie privée*, in *Droits de la personnalité*, op. cit., p. 750.

²⁶³G. CORNU, *Droit civil : les personnes*, Paris : Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 33.

²⁶⁴Mais l'atteinte à l'image est souvent traitée par l'application d'autres droits tel que le droit au respect de la vie privée ; V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2005, B. civ. n° 206, D. 2005, pan. 2644, obs. A. LEPAGE. La Cour de cassation considère explicitement que le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent des droits distincts. Ainsi, certains auteurs se questionnent quant à l'existence d'un droit à l'image indépendamment du droit au respect de la vie privée (V. notamment R. BADINTER, *Le droit au respect de la vie privée*, JCP G 1968, I, 2136 ; M. SERNA, *L'image des personnes et des biens*, Paris : Economica, 1997, p. 174). En revanche, d'autres considèrent que « le "droit extrapatrimonial" à l'image se confond toujours avec le droit à la protection soit de la tranquillité de la vie privée soit de la dignité humaine » (B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, Paris : PUF, 1992, p. 61).

²⁶⁵L. n° 2004-801 du 6 août, préc.

²⁶⁶V. en ce sens E. DREYER, *Image des personnes*, J.-Cl. Communication, 2015, fasc. 40, n° 11 et s.

consentement de la personne²⁶⁷. Et l'expression utilisée par la loi LOPPSI II²⁶⁸ ayant pour but non pas de restreindre la prise en compte des données jusque-là protégées mais de l'élargir, nous pouvons inclure l'image parmi les données de nature à identifier la personne. La jurisprudence s'est d'ailleurs déjà prononcée. Dans un arrêt du 16 novembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble intégrer dans l'application de l'article 226-4-1 du Code pénal la protection de cette donnée naturelle, se traduisant par l'usage d'une photographie qui incontestablement permet une identification expresse de la personne²⁶⁹.

Cet élément identificatoire est utilisé illégalement dans des conditions particulières, notamment au travers d'interfaces telles que les réseaux de communication internet.

129. **La voix.** Le droit garantit également la protection de la voix humaine, souvent pris comme moyen de porter atteinte à la vie privée d'une personne²⁷⁰. Elle est « une représentation de la personne qui manifeste un certain nombre d'informations sur celle-ci et peut ainsi être considérée comme une donnée personnelle »²⁷¹.

En droit pénal, c'est par la notion de parole que le législateur intervient pour protéger la voix humaine. Il sanctionne par exemple la captation, l'enregistrement ou la transmission, sans le consentement de son auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel²⁷². Concernant la voix, elle est bien une caractéristique naturelle qui permet d'identifier expressément une personne. Il nous semble possible de la considérer comme une donnée au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal. Elle peut en effet être reproduite, par exemple lors d'un canular téléphonique d'un individu se faisant passer pour le détenteur de cette donnée naturelle.

²⁶⁷L'article 226-4-1 du même Code sanctionne l'usage de données personnelles à la condition du risque de troubler la tranquillité ou de porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui.

²⁶⁸L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, préc.

²⁶⁹Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 16-80207, non publié au bulletin.

²⁷⁰De ce fait, le fondement de la protection civile de la voix est parfois discuté. En matière civile, le fondement de la protection de cette donnée est quelque peu incertain. Les juges civils ont évoqué tantôt que la voix est un attribut de la personnalité (TGI, 19 mai 1982, aff. Maria Callas, D. 1983, p. 147), tantôt elle est une sorte de démembrement du droit au respect de la vie privée (TGI Paris, 27 septembre 2004, D. 2005, Comm. com. électr. 2004, comm. 153, obs. C. CARON). Dans un arrêt du 12 janvier 2005, la Cour de Paris, a considéré qu'« une personne ne peut prétendre, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, à la protection de sa voix, considérée comme l'un des attributs de sa personnalité, que si la reproduction incriminée constitue une atteinte à sa vie privée (CA Paris, 12 janvier 2005, Comm. com. électr. 2005, comm. 92, obs. A. LEPAGE). Certains auteurs, considèrent l'existence d'un véritable droit sur la voix (V. notamment D. HUET-WEILLER, *La protection juridique de la voix humaine*, RTD civ. 1982, p. 497). En revanche, cette donnée est protégée dans d'autres circonstances par des droits particuliers. Ainsi la voix des artistes-interprètes est protégée par les droits voisins, branche spécifique du droit de la propriété intellectuelle.

²⁷¹M. BENEJAT, *Les droits sur les données personnelles*, in *Droits de la personnalité*, op. cit., n° 939, p. 573.

²⁷²Art. 226-1 C. pén.

130. **Les données biologiques et biométriques.** Les éléments biologiques et biométriques tels que l'ADN et les empreintes digitales, sont nécessairement personnels et identificatoires puisqu'ils sont uniques pour un individu donné et *a priori* inimitables. D'une part, les dessins épidermiques, apparaissant dès la vie intra-utérine, se fixent définitivement et se régénèrent à l'identique dès altération²⁷³. D'autre part, l'acide désoxyribonucléique est également unique pour chaque individu et permet une reconnaissance génétique de la personne.

Ces données permettent donc incontestablement une identification de la personne titulaire et peuvent entrer selon nous dans le champ de protection de l'article 226-4-1 du Code pénal²⁷⁴. Il est envisageable en effet, qu'un individu tente d'utiliser des éléments biologiques ou biométriques d'autrui par des artifices quelconques.

131. **La gestuelle.** Par ailleurs, une personne peut se reconnaître par sa gestuelle. Il peut s'agir par exemple d'une démarche particulière – une claudication, une allure – ou encore d'un tic ou un bégaiement. On peut se demander si cette donnée ne pourrait pas être également protégée comme un élément d'identification au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal. Car un individu peut tenter de s'approprier la gestuelle d'un autre, surtout si ce dernier a acquis une certaine notoriété grâce à celle-ci. On pense notamment aux imitateurs de professions par exemple qui évoluent cependant dans le cadre bien particulier du spectacle. Toutefois, pour être protégée, au-delà d'une appropriation en vue de nuire à autrui, cette donnée devrait être suffisamment spécifique pour permettre l'identification expresse de la personne à qui elle appartient²⁷⁵. Il reviendrait donc au juge de l'apprécier, afin de la déterminer comme une donnée de nature permettant une identification. Ce qui semble relativement difficile si elle ne s'accompagne pas d'autres données, notamment objectives, de la personne.

132. **Les autres données complémentaires de l'identité.** Prises dans un ensemble, d'autres données personnelles contribuent grandement à l'identification d'un individu particulier. Tel est le cas de la façon de s'exprimer - niveau de langage ou accent - voire des idées ou thèmes de

²⁷³A moins que le sujet ne subisse une destruction profonde du derme. Dans ce cas, les dessins épidermiques ne réapparaissent pas comme à l'origine.

²⁷⁴Certaines dispositions spécifiques prévoient expressément cette donnée. Ainsi l'article 706-56, II, alinéa 4, du Code de procédure pénale énonce que « le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ». Ainsi faudra-t-il résoudre le conflit de qualifications.

²⁷⁵En effet, on ne saurait considérer un geste habituel et commun à tous comme de nature à permettre une identification.

prédilection. Bien qu'insuffisantes à elles seules pour générer une éventuelle méprise dans la reconnaissance d'un individu, le pouvoir évocateur de ces données peut être utilisé dans le cadre d'une appropriation. Par conséquent, il nous semble qu'elles peuvent être considérées comme des données à protéger au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal.

133. ***Protection d'un ensemble de données personnelles.*** Ainsi, et comme le remarque Mme BENEJAT, « l'ensemble des données personnelles forme l'identité, prise dans tous ses aspects : l'identité est juridique, physique, psychopathologique, familiale, comportementale, génétique, professionnelle et même aujourd'hui numérique »²⁷⁶. La loi de 2011²⁷⁷ élargissant sa protection à toutes les personnes juridiques, nous devons maintenant considérer l'identité de la personne morale.

Paragraphe 3. La protection pénale de l'identité de la personne morale

134. ***L'identité de la personne morale.*** Au côté des personnes physiques, les personnes morales bénéficient également d'une individualisation qui passe par l'octroi à leur profit, dès l'acquisition de la personnalité juridique, d'un nom, d'un domicile et d'une nationalité, attributs de droit extra-patrimonial. Si l'attribution de leur nom obéit à des règles particulières, en revanche, « une fois attribué, [le nom des personnes morales] est de même nature que celui des personnes physiques et on lui reconnaît aussi, au-delà de son rôle d'identification, un rôle d'expression de la personnalité du groupement »²⁷⁸. Toutefois, MM. les Professeurs Guillaume WICKER et Jean-Christophe PAGNUCCO rappelle justement que ce nom est l'objet d'un droit privatif et, à la différence du nom des personnes physiques, les personnes morales peuvent librement céder leur nom, à titre gratuit ou onéreux ou encore d'en donner licence²⁷⁹.

Les personnes morales bénéficient également de données numéraires et techniques telles que leur numéro d'enregistrement au registre du commerce et des sociétés. Sont de même protégés la dénomination des associations, syndicats, ou sociétés, mais aussi tous leurs éléments matérialisés comme un sigle ou une enseigne.

135. ***Imitation possible d'une personne morale.*** Les personnes morales peuvent également

²⁷⁶M. BENEJAT, *Les droits sur les données personnelles*, op. cit., n° 923, p. 559.

²⁷⁷L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, préc.

²⁷⁸C. MARIE, *Nom - usage et protection du nom*, J.-Cl. Civil, 2017, fasc. 55, n° 95.

²⁷⁹G. WICKER, J.-Ch. PAGNUCCO, *Personne morale*, Rép. civ., 2016, n° 106.

être victimes d'une appropriation des données d'identification dont elles sont titulaires. C'est pourquoi le législateur a prévu différentes actions permettant de protéger le nom commercial et la dénomination sociale.

A priori, le droit pénal devrait également permettre une sanction en cas d'usurpation du nom d'une personne morale ainsi que de toutes autres données permettant de l'identifier, en ne remettant pas en cause toutefois, les règles de conflit de qualification. En effet, certaines données sont protégées par le droit de la propriété intellectuelle telles que la marque ou encore le nom commercial. Le patronyme, lorsqu'il sert à désigner une entreprise, n'est plus protégé dans sa fonction commerciale comme un attribut de la personnalité²⁸⁰ mais comme une marque nominale, qui peut être composée du nom du déposant ou de celui d'un tiers qui aura donné son autorisation.

136. ***Pour conclure sur l'identité en droit pénal.*** Si la définition classique de l'identité juridique par le droit pénal est plus restreinte qu'en matière civile, nous venons de voir que le législateur a choisi de prendre en compte d'autres éléments d'identification de la personne – physique ou morale – pour offrir une protection étendue contre toute appropriation frauduleuse. Celle-ci sera éventuellement constatée par l'usage illicite de supports des éléments identitaires, qui sont aujourd'hui assez diversifiés.

II. Les différents supports de l'identité

137. ***La diversité de supports.*** L'identité d'une personne, physique comme morale, peut être établie sur différents supports, matériels (Paragraphe 1) mais de plus en plus dématérialisés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les supports matériels d'identité

138. ***L'identité matérialisée.*** Nous avons déjà évoqué la signature qui matérialise l'identité par le tracé du nom et/ou du prénom, ou éventuellement d'un simple signe dans la mesure où

²⁸⁰Cass. com., 12 mars 1985, D. 85, II, 471, note J. GHESTIN. Selon la Cour de cassation, le patronyme devient un signe distinctif qui se détache de la personne physique qui le porte, pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue, et devenir ainsi objet de propriété incorporelle.

celui-ci permet d'identifier la personne²⁸¹. Cependant, l'identité est également matérialisée par des documents officiels que le droit pénal protège car leur utilisation frauduleuse renvoie souvent à une appropriation illicite d'identité. Dans ce cas, l'individu utilise le document afin de se faire passer pour son titulaire, généralement à l'insu de celui-ci. Pour mieux comprendre la portée de tels actes, il est possible d'établir une liste non exhaustive de documents d'identité des personnes morales et physiques.

139. *Liste non exhaustive de documents d'identité d'une personne morale.* Différents documents permettent l'identification matérielle des personnes morales. Divers arrêtés²⁸² prévoient, par exemple, comme justificatif d'identification d'une personne morale un extrait original d'immatriculation au répertoire des métiers de moins de trois mois ou journal d'annonces légales datant de moins de deux ans²⁸³. Le document doit alors faire apparaître le nom du représentant légal ainsi que l'adresse du siège de la personne morale ou encore la preuve de la déclaration auprès des organismes compétents.

140. *Liste non exhaustive de documents d'identité d'une personne physique.* Divers textes précisent les documents qui permettent l'identification matérielle des personnes physiques. La carte nationale d'identité (CNI) est le document officiel d'identification de celui qui en est titulaire. Délivrée sans condition d'âge, elle permet l'individualisation de la personne en certifiant son identité au sens civil²⁸⁴. Ce document non obligatoire n'est délivré qu'aux citoyens français mais constitue le document d'identité privilégié, notamment lors d'interpellations policières mais aussi pour tous les actes de la vie courante.

Nous pouvons citer également le passeport français ou étranger, la carte d'identité d' élu local, la carte vitale, le permis de conduire français ou étranger, le permis de chasse, la carte d'invalidité civile ou militaire et pour les étrangers ou encore la carte de résident²⁸⁵. Délivrées

²⁸¹V. *supra* n° 114 et s.

²⁸²V. Par ex. Arr. du 22 mai 2012 fixant la liste des pièces justifiant de l'identité de l'auteur de la déclaration de consentement à la signification par voie électronique d'un acte d'huissier de justice (JO n° 126, p. 9440, texte n° 3) ; Arr. du 31 juillet 2015 fixant la liste des pièces justificatives pour l'exercice du droit au compte auprès de la Banque de France (JO n° 0181, p. 13660, texte n° 23).

²⁸³Art. 1, 3.1, b), Arr. du 22 mai 2012 fixant la liste des pièces justifiant de l'identité de l'auteur de la déclaration de consentement à la signification par voie électronique d'un acte d'huissier de justice (JO n° 0126, p. 9440, texte n° 3).

²⁸⁴V. Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité.

²⁸⁵Les différents documents d'identité de la personne physique sont exigés en fonction de la situation et dans des conditions fixées par la loi. Par ex. Arr. du 12 décembre 2013 pris en application des articles R. 5 et R. 60 du Code électoral, pour la justification de l'identité au moment du vote (JO n° 0294, p. 20627, texte 20) ; Arr. 21 avril 2008 fixant la liste des pièces d'identité exigées des candidats et des électeurs aux élections

par le représentant de l'État ou d'une autorité administrative. Toutes ces pièces justificatives comportent pour la plupart une photographie afin de permettre une identification de la personne plus fiable et plus rapide.

141. *Autres documents à valeur identificatoire.* Exceptionnellement, d'autres supports de l'identité d'une personne sont admis, tels que les œuvres signées ou encore les actes matériels. Bien qu'ils ne permettent pas une identification administrative de la personne, ils garantissent une identification officielle de cette dernière au regard d'une signature mais plus largement du nom, du pseudonyme ou encore des initiales.

142. *L'imitation d'une personne par l'usage de ses documents d'identité.* Par leur caractère officiel, les documents d'identité matérialisent à la fois l'individualité – le sentiment d'être unique - et la possibilité d'identification de la personne. Leur usage illicite représente donc un double risque pour leur titulaire et pour la société. Ils peuvent être utilisés par un imitateur qui, s'appropriant l'identité d'autrui, se présentera comme étant la personne visée par le document d'identité. Non seulement sa propre identité sera cachée par la supercherie, mais l'identification effectuée au regard des documents présentés sera erronée, risquant de porter gravement préjudice à leur véritable titulaire.

Par ailleurs, au-delà d'une telle appropriation, il est possible que le document d'identité soit reproduit matériellement et falsifié pour être utilisé dans les actes de la vie courante. Dans ce cas, le droit pénal intervient pour protéger, non pas l'identité, mais le support sur lequel se trouve matérialisée l'identité. Une telle protection s'exprime au travers des infractions de faux ainsi que d'usage de faux²⁸⁶.

Et avec l'extension et la sophistication des modes de communication, le droit pénal a aussi étendu sa protection aux supports dématérialisés de l'identité.

prud'homales (JO n° 0101, p. 7127, texte n° 14) ; Décret n°2015-1437 du 5 novembre 2015 fixant la liste des pièces justificatives pouvant être demandées au candidat à la location et à sa caution (JO n° 0259, p. 20832, texte n° 38).

²⁸⁶Art. 441-1 et s. C. pén.

Paragraphe 2. L'identité dématérialisée sur les réseaux de communication électronique

143. *Une seule et même identité.* Certains auteurs considèrent une « identité numérique »²⁸⁷ différente de l'identité classique²⁸⁸. Mme le Professeur LEPAGE objecte que cette notion d'« identité numérique » laisse penser « qu'à côté de l'identité "réelle" ou "physique", il existerait sur internet une identité nécessairement distincte »²⁸⁹. Nous la rejoignons car, l'identité de la personne ne saurait changer dans sa globalité selon le support. Par conséquent, s'il est opportun de protéger l'identité d'une personne sur le support internet, il n'est pas question de consacrer une identité à part de l'individu²⁹⁰. Le support est différent, mais l'individu a toujours la même identité ; et seuls diffèrent les éléments identitaires pris en compte selon le moyen d'identification et l'activité plus ou moins agissante de l'individu²⁹¹.

144. *Pratiques d'appropriation d'identité sur les réseaux.* Au fur et à mesure du développement des réseaux de communication électronique, sont apparues des techniques de plus en plus sophistiquées pour s'approprier l'identité d'autrui, qui ont conduit à l'élaboration de la loi LOPSSI II en 2011²⁹².

Parmi ces pratiques, nous pouvons en relever deux des plus courantes. La première se nomme le « phishing » ou hameçonnage. Elle consiste sur internet à soutirer des éléments personnels, généralement confidentiels, d'un grand nombre de personnes en se faisant passer pour un interlocuteur de confiance tels qu'une administration ou une société. Les informations

²⁸⁷Identité personnelle non entendue au sens philosophique du terme, qui signifie le fait d'avoir conscience d'être nous-même. V. en parallèle sur ce point E. KANT, *Critique de la raison pure*, Paris : Germer-Baillière, t. 2, 1869, p. 446 et s.

²⁸⁸Pour une étude de l'identité numérique telle qu'entendue en droit, V. O. ITEANU, *L'identité numérique en question*, Paris : Eyrolles, 2008, spéc. p. 166 ; O. ERTZSCHEID, *Qu'est-ce que l'identité numérique ? : Enjeux, outils, méthodologies*, Marseille : OpenEdition Press, 2013.

²⁸⁹A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation ; questions d'interprétation*, op. cit., n° 9. L'auteur remarque que « le projet de la loi LOPSSI II n'a jamais fait sienne cette expression, souvent utilisée en pratique, et l'identité numérique n'a donc pas été consacrée comme notion juridique ».

²⁹⁰Le rapporteur, lors de la première lecture de la loi « LOPSSI II », a ainsi considéré que le terme « identité » devait être compris comme « recouvrant tous les identifiants électroniques de la personne, c'est-à-dire à la fois son nom, mais aussi son surnom ou son pseudonyme utilisé sur internet » V. Rapp. AN. n° 2271, 1^{ère} lecture, 27 janvier 2010.

²⁹¹V. notamment F. GEORGES, *Les composantes de l'identité dans le web 2.0, une étude sémiotique et statistique. Hypostase de l'immédiateté*, Communication au 76^{ème} congrès de l'ACFAS : Web participatif : mutation de la communication ? 6 et 7 mai 2008, Centre des congrès, Québec, May 2008. L'auteur distingue l'activité déclarative, agissante et calculée. La première est composée d'informations qui « sont saisies directement par les utilisateurs, décrivent la personne et permettent de la singulariser au sein de la communauté ». La seconde concerne les traces de l'activité de l'utilisateur. La dernière, non renseignée par l'utilisateur, se compose de « variables qualitatives ou quantitatives produites du calcul du système ».

²⁹²L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, préc.

recueillies indûment permettent le plus fréquemment d'accéder à des comptes bancaires. La seconde est qualifiée de « spear phishing » ou harponnage. Cette technique est plus personnalisée puisqu'elle consiste à envoyer un message à une personne pour obtenir ses données confidentielles.

Jusqu'en 2011, le droit pénal sanctionne de telles pratiques par différentes incriminations. Entre autres, l'article 323-1 du Code pénal réprime l'accès non autorisé à un système automatisé de traitement de données, la collecte frauduleuse des données personnelles d'autrui est sanctionnée par l'article 226-18 du même Code, et l'article 313-1 également du même Code vise l'escroquerie. S'applique également les dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui incrimine la contrefaçon et donc la reproduction de site web²⁹³ ou de la marque d'une personne morale²⁹⁴. Dans tous les cas, ces textes sanctionnent un comportement spécifique, le recueil d'informations pour lequel l'appropriation d'identité ne constitue qu'un mode opératoire. Il paraissait donc utile de créer une incrimination propre au fait de « se faire passer » ou « se prendre pour » autrui sans avoir pour finalité la collecte d'informations.

145. Intérêt de la loi LOPPSI II pour la protection de l'identité sur des supports dématérialisés. A l'origine, le projet de loi LOPPSI II²⁹⁵ répondait à la volonté de réprimer l'usurpation d'identité sur les réseaux de communication électronique. En première lecture, il proposait l'insertion d'un article 222-16-1 dans le Code pénal afin de sanctionner « le fait d'utiliser, de manière réitérée, sur un réseau de communication électronique l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles, en vue de troubler la tranquillité de cette personne ou d'autrui » ainsi que « le fait d'utiliser, sur un réseau de communication électronique, l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles, en vue de porter atteinte à son honneur ou à sa considération ». Considérant qu'un tel comportement pouvait aussi se produire en dehors du réseau internet, la rédaction initiale du texte a évolué. Aujourd'hui, l'article 226-4-1 du Code pénal, inséré non pas parmi les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne mais au sein des atteintes à la vie privée – réprime dans un premier alinéa « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier

²⁹³V. E. VERNY, *Usurpation d'identité*, op. cit., n° 12. Le professeur précise que cette « manœuvre comprend la création d'un site web qui reprend cette identité ou ces données d'identification afin de lui apporter une crédibilité supplémentaire ». Du fait de la reproduction du site, il est possible de poursuivre le prétendu interlocuteur pour contrefaçon d'un site internet.

²⁹⁴V. par ex. T. corr. Paris, 21 septembre 2005, Comm. com. électr. 2006, comm. 37, note E. CAPRIOLI, concernant l'imitation de la page d'enregistrement Microsoft MSN messenger.

²⁹⁵Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, n° 1697, déposé le 27 mai 2009.

en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération » puis dans un second alinéa les mêmes actes s'ils sont commis sur « un réseau de communication au public en ligne ».

146. **Rédaction insatisfaisante de l'article 226-4-1 du Code pénal.** La rédaction définitive paraît être un bon équilibre : l'usurpation d'identité et l'utilisation de données peuvent se réaliser sur ou en dehors d'un réseau internet. Certains auteurs regrettent toutefois l'ajout de l'alinéa 2 du texte²⁹⁶. En effet, l'alinéa 1 prévoit incontestablement le délit sur n'importe quel support. Par ailleurs, d'autres textes réprimant des appropriations d'identité sanctionnent ces comportements sans distinguer s'ils sont commis sur un réseau de communication au public en ligne. Dans ce sens, l'article 434-23 du Code pénal réprime « le fait de prendre le nom d'un tiers, dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre celui-ci des poursuites pénales ». Cette incrimination peut tout à fait s'appliquer à une appropriation d'identité réalisée sur un réseau de communication²⁹⁷. C'est dans ce sens que, dans un arrêt du 29 mars 2006, la Cour de cassation a considéré que, même si l'usurpation d'identité n'était pas qualifiée du fait de l'absence de caractérisation d'une infraction principale, les éléments de la diffamation n'étant pas réunis, le fait de faire usage des éléments d'identité d'autrui sur internet constituait une usurpation au sens de l'article 434-23²⁹⁸. Quelques années plus tard, dans un arrêt du 20 janvier 2009, la Haute Cour a approuvé les juges du fond qui retenaient l'usurpation d'identité sur internet pour les prévenus qui ont adressé un courriel incitant les destinataires à prendre connaissance de photographies d'une jeune femme nue, dans un lieu privé, publiées sur internet à son insu, constituant alors une atteinte à l'intimité de sa vie privée prévue par l'article 226-1 du Code pénal²⁹⁹.

Ainsi il n'est pas nécessaire que les textes citent expressément « le réseau de communication au public en ligne » pour pouvoir réprimer des appropriations réalisées sur de tels supports. L'alinéa 2 précité ne nous semble donc pas indispensable³⁰⁰.

²⁹⁶V. notamment F. MATTATIA, *L'usurpation d'identité sur internet dans tous ses états*, RSC 2014, p. 331 ; E. VERNY, *Usurpation d'identité*, op. cit., n° 1.

²⁹⁷V. sur ce point E. ALLAIN, *Conditions de la sanction de l'usurpation de nom sur internet*, D. 2006, 1443.

²⁹⁸Cass. crim., 29 mars 2006, préc.

²⁹⁹Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83255, non publié au bulletin.

³⁰⁰On peut noter, toutefois que deux propositions de loi ont préconisé d'aggraver la sanction de l'infraction (L. n° 1316 du 24 juillet 2013 visant à aggraver la sanction pénale applicable à l'usurpation d'identité commise par le biais de réseaux de communication électronique ; L. n° 1438 du 10 octobre 2013 visant à renforcer la répression du délit d'usurpation d'identité). La première proposition permettrait de rendre l'alinéa 2 de la disposition utile puisqu'elle vise à appliquer une sanction plus sévère en cas d'usurpation d'identité sur internet ou autre réseau de

147. *Pour conclure sur l'identité et les données identificatoires en droit pénal.* Le droit pénal semble aujourd'hui offrir à l'individu une protection élargie de son identité. Au-delà de l'identité classique d'une **personne physique ou morale**, il protège également ses données personnelles contre certains comportements qui conduiraient notamment à l'appropriation illicite de ces éléments d'identité et d'identification. Ce dernier comportement peut être commis oralement, par le biais d'écrits ou encore par voie de communication électronique. Outre la considération des éléments d'identification de la personne, la loi LOPSSI II, permet une réflexion sur le fait de s'approprier l'identité d'autrui et/ou d'utiliser toutes sortes de données qui permettent de l'identifier, et ceci sur n'importe quel support.

Il convient maintenant d'analyser les incriminations qui concernent l'appropriation illicite de l'identité d'autrui sous l'angle conceptuel de l'imitation. En effet, si l'on définit l'imitation d'une personne comme l'appropriation de certains de ses éléments identitaires, il est concevable que ce comportement puisse être réprimé, en particulier si cette imitation est réalisée à l'insu de la personne, risquant alors de lui porter préjudice. Il n'existe pas *a priori* d'infraction d'« imitation personnelle » dans le droit pénal mais des infractions d'usurpation d'identité qui, nous le verrons, ne peuvent pas toutes être assimilées à un **agir mimétique**³⁰¹ ou **une imitation unilatérale**. Il s'agira cependant de déterminer si certaines d'entre elles ne témoignent pas d'une prise en compte par le droit pénal des critères qui caractérisent un comportement d'imitation, tels que nous les avons définis précédemment³⁰².

SECTION II : LES USURPATIONS D'IDENTITE. LA REPRESSION POSSIBLE DE L'IMITATION UNILATERALE ILLICITE D'UNE PERSONNE

148. *Le double aspect de l'usurpation d'identité.* Au regard de la loi, s'approprier l'identité d'autrui signifie utiliser des éléments identitaires qui n'appartiennent qu'à cette personne et qui permettent de l'identifier. Par voie de conséquence, celui qui s'approprie l'identité d'autrui n'est plus identifiable car ses propres éléments d'identité sont dissimulés aux yeux du public.

Or, il importe notamment pour le droit pénal que les individus restent identifiables pour

communication, en le transformant en circonstance aggravante. Différemment, la seconde propose de porter la peine à sept ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende quel que soit le support de l'usurpation.

³⁰¹V. *supra* n° 26 et s. et *infra* n° 881 et s.

³⁰²V. *supra* n° 64 et s.

pouvoir attribuer et réprimer les actes illicites. C'est pourquoi le législateur s'attache à sanctionner tout comportement qui viendrait porter atteinte à l'identité d'autrui, mais aussi les comportements consistant à donner une fausse identité³⁰³. Les deux cas renvoient à l'incrimination d'« usurpation d'identité » pour le juriste. Étudier l'imitation dans le champ pénal revient alors à la rechercher dans les situations d'usurpation d'identité.

149. *Appropriation ou mensonge sur son identité.* Du latin *usurpare*, usurper signifie s'emparer par ruse ou violence³⁰⁴. La doctrine définit l'usurpation d'identité comme le fait, pour une personne, de s'arroger ce à quoi elle n'a pas droit, une identité autre que la sienne³⁰⁵. Par conséquent, sous cette qualification, nous pouvons repérer deux actes différents : d'une part, celui de faire usage d'une fausse identité et d'autre part, celui de s'approprier l'identité d'un autre. Dans le premier cas, l'usurpateur est un menteur qui dissimule sa propre personne mais sans impliquer autrui. Bien que qualifiée par la doctrine d'usurpation d'identité, nous ne pourrions considérer cet acte comme une imitation d'autrui, l'identité pouvant être inventée, excluant alors l'idée d'un modèle préexistant. Dans le second cas, l'usurpateur est un menteur mais surtout un imitateur car il utilise les éléments d'identité d'un autre – existant – pour se faire passer pour lui. Ainsi, l'imitation d'autrui au travers de ses éléments d'identification apparaît, au premier abord, comme une usurpation d'identité, préjudiciable pour celui-ci. Car s'approprier les éléments d'identité d'autrui c'est nier l'existence de ce dernier, au moins le temps de cette appropriation. Dans ce sens, l'imitation unilatérale illicite, lorsqu'elle prend pour modèle une personne, paraît bien pouvoir être réprimée comme un acte d'usurpation d'identité.

150. *Des usurpations d'identité indifférentes à l'imitation. Le mensonge sur le nom.* Si toute appropriation de l'identité d'autrui est une usurpation d'identité, l'inverse n'est pas vrai. Pour que l'on puisse éventuellement parler d'« infraction d'imitation », l'appropriation de l'identité d'autrui doit en être un élément constitutif. Or certaines incriminations répriment l'usurpation d'identité au sens large, dont l'appropriation n'est qu'un mode opératoire.

D'une part, le texte d'incrimination peut ne viser que le résultat matériel du

³⁰³INHES (Institut national des hautes études de sécurité), *La criminalité numérique : mafias, pédophilie, fraudes, sectes rumeurs, jihad, propagande, terrorisme, cyberdéfense, normes*, Cahiers de la sécurité n° 6, octobre-décembre 2008, p. 42 et s.

³⁰⁴E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Usurpation.

³⁰⁵Les auteurs ne font ainsi aucune distinction entre le mensonge sur son nom et la prise du nom d'un tiers. V. notamment, S. REVEL, *Précision sur la notion d'usurpation d'identité ou l'inexistence de l'ubiquité*, AJ pénal, 2010, p. 218.

comportement sans s'attacher aux moyens pour y parvenir, peu importe si ceux-ci comprennent une usurpation d'identité. C'est le cas de certaines infractions comme le vol défini par l'article 311-1 du Code pénal comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Il est compréhensible que le législateur se soit contenté du résultat dans la mesure où cela permet de sanctionner tout comportement ayant permis au voleur d'arriver à ses fins. Il importe peu que ce dernier se soit fait passer pour un autre afin de soustraire un bien. Il s'agit de protéger la propriété, quel que soit le mode opératoire du délinquant.

D'autre part, le texte d'incrimination peut viser un acte matériel relativement large, sans s'attacher au résultat. Tel est le cas, notamment, des infractions impliquant le mensonge³⁰⁶. Par exemple, selon l'article 441-1 du Code pénal, constitue un faux « toute altération frauduleuse de la vérité de nature à causer un préjudice et accompli de 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 ». Ainsi celui qui se fait passer pour autrui dans un écrit aura commis un faux. Or, cette infraction impose le mensonge comme élément constitutif, peu importe son objet. Dans ce sens, s'il concerne un faux nom, il est insignifiant que l'identité prétendue soit imaginaire ou non. Et il en est de même en matière d'usage de faux. Celui qui utilise par exemple un faux passeport commet un usage de faux même si l'identité apposée sur le document est celle d'un tiers inexistant³⁰⁷.

D'autres infractions, prévues aux articles 433-19 du Code pénal et 781 du Code de procédure pénale, répriment plus particulièrement le mensonge sur le nom. Le premier article renvoie au fait de ne pas utiliser sa véritable identité dans un acte d'état civil³⁰⁸. Le deuxième article prévoit la sanction de celui qui prendrait un faux nom afin de se faire délivrer un extrait du casier judiciaire d'un tiers³⁰⁹. Là encore, ces deux infractions n'imposent pas l'appropriation de l'identité d'une personne existante.

Enfin, le mensonge sur son propre nom peut être l'un des procédés exigés à la constitution d'une infraction, par exemple l'escroquerie. Selon l'article 313-1 du Code pénal est sanctionné « le fait, soit par l'usage d'un faux nom [...] de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation

³⁰⁶V. notamment Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Lyon : L'Hermès, 1979.

³⁰⁷Par ex. Cass. crim., 17 janvier 1984, B. crim. n° 21, s'agissant de l'usage d'un faux passeport.

³⁰⁸Par ex. utiliser son pseudonyme pour se faire délivrer un acte d'état civil constitue une infraction de mensonge sur son nom véritable ; V. par ex. pour un nom d'emprunt CA Paris, 7 novembre 2000, n° 00/00262.

³⁰⁹V. par ex. pour un nom imaginaire CA Riom, 12 avril 2006, n° 06/00098.

ou décharge ». Ce texte n'impose donc pas l'appropriation de l'identité d'un tiers. Un mensonge sur son nom, corroboré par d'autres faits extérieurs, suffira à constituer l'infraction s'il a déterminé autrui à une remise³¹⁰.

Ces différentes incriminations, bien que non exhaustives, reflètent la volonté du législateur de punir l'individu qui commet une tromperie sur sa propre identité. Il choisit de réprimer largement des comportements pouvant être assimilés à une déclaration fausse d'identité – fictive ou existante.

151. *Des usurpations d'identité exigeant une appropriation.* Cependant, pour la caractérisation de certains délits, l'appropriation de l'identité d'une personne déterminée est exigée comme élément constitutif. Ces dernières infractions impliquant autrui, elles nous paraissent plus à même de relever d'un comportement d'imitation unilatérale d'une personne. Pour le vérifier, **nous rechercherons dans la doctrine et la jurisprudence l'existence et la prise en compte par le droit pénal des critères que nous avons développés pour définir l'imitation**³¹¹. Pour pouvoir qualifier un acte d'imitation illicite, il importe en effet de s'assurer qu'il procède d'une représentation préalable – un modèle que l'imitateur peut se représenter – et d'une volonté d'appropriation, par un acte de reproduction de ce modèle. Il conviendra également de préciser les effets de l'appropriation des éléments identitaires d'un tiers, notamment aux yeux du public qui en est observateur.

152. *Les infractions d'appropriation d'une identité.* Plusieurs textes du Code pénal déterminent des infractions posant comme élément constitutif l'appropriation d'une identité. Elles sont prévues par l'article 434-23 (I), où le nom d'un tiers est usurpé pour éviter des poursuites, par l'article 226-4-1 du Code pénal (II), sanctionnant l'usurpation d'identité en général, ainsi que par l'article 1 de la loi des 9-12 février 1895 sur le faux artistique³¹² (III). D'autres infractions peuvent être citées telle que l'usurpation de plaques d'immatriculation d'un véhicule prévue à l'article L. 317-4-1 du Code de la route. Nous ne l'étudierons pas de manière spécifique car nous verrons que cette infraction se rapproche de celle prévue par l'article 434-23 du Code pénal.

³¹⁰V. par ex. CA Paris, 4 juillet 2003, 03/00172, s'agissant de l'usage d'un faux nom corroboré par l'usage de fausse carte d'identité, ayant déterminé une remise de fonds.

³¹¹V. *supra* n° 64 et s.

³¹²L. des 9-12 février 1895 sur les fraudes en matière artistique (Bull. des lois, 12^{ème} B. 1682, n° 29123).

I. La prise du nom d'un tiers pour éviter les poursuites pénales : une imitation de personne

153. *Identité et responsabilité de la personne.* L'article 434-23 du Code pénal sanctionne « la prise du nom d'un tiers, dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre celui-ci des poursuites pénales ». L'objet de protection est ici l'identité classique entendue au sens pénal, à savoir le nom, mais aussi le prénom ou le pseudonyme³¹³. Et le texte souligne que l'identité, au-delà de l'individualisation de la personne, permet son identification et sa responsabilisation pour les actes illicites qu'elle pourrait commettre. M. Sébastien REVEL souligne que l'identité « permet à la personne d'être sujet de droit à part entière auquel la justice peut imputer de manière fiable des actes précis »³¹⁴. L'article 434-23 du Code pénal fait écho avec l'article 121-1 du même Code selon lequel, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Ainsi la responsabilité pénale n'est-elle engagée qu'à l'encontre de celui qui aura personnellement commis une infraction.

Ce principe fondamental a pour conséquence qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de plein droit. C'est parce qu'il existe un fait répréhensible et imputable qu'il doit y avoir sanction à l'encontre de celui qui aura commis une infraction. Et pour cela, il faut pouvoir identifier le coupable.

Or la prise du nom d'un tiers lors de la commission d'une infraction a pour conséquence directe d'entraver la justice pénale car elle empêche *a priori* l'identification du responsable. En effet, elle entraîne une illusion quant à l'identité de l'agent (Paragraphe 1). Bien plus, elle témoigne de la volonté de celui-ci de s'approprier une identité qui n'est pas choisie au hasard, comme s'il prenait autrui comme modèle (Paragraphe 2). Ainsi, cette incrimination illustre une des façons dont le droit pénal sanctionne l'imitation personnelle illicite (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. La prise du nom d'un tiers : création d'une illusion d'identité dans la commission d'une infraction

154. *Infraction d'entrave à la justice.* Le législateur inscrit l'usurpation du nom d'un tiers parmi les infractions d'entraves à la justice car elle représente une manœuvre pour détourner

³¹³Par ex. Cass. crim., 25 avril 2017, n° 15-85808, non publié au bulletin.

³¹⁴S. REVEL, *Précision sur la notion d'usurpation d'identité ou l'inexistence de l'ubiquité*, op. cit., p. 218.

sur un autre des poursuites pénales. Il limite par conséquent le domaine d'application de l'article 434-23 du Code pénal au fait que l'appropriation du nom a ou aurait pu déterminer des poursuites pénales contre le tiers.

Dans ce contexte, le juge du fond doit s'assurer de deux conditions : une prise de nom inscrite dans la commission d'une infraction (A) et l'existence d'un tiers exposé à des poursuites pénales (B).

A. La prise de nom lors de la commission d'une infraction

155. ***L'appropriation de l'identité d'un tiers dans un contexte infractionnel.*** L'application de l'article 434-23 du Code pénal impose que soient réalisés conjointement deux actes. En premier lieu, l'agent doit avoir pris le nom d'un tiers, ce qui constitue un acte positif. Peu importe la manière dont le nom d'autrui est emprunté - oralement, par écrit, dans une main courante ou encore lors d'un procès-verbal d'infraction dans le cas où l'usurpateur se dirait sans possession de ses documents d'identité³¹⁵.

De surcroît, cette utilisation de nom doit s'inscrire dans la commission d'une infraction. Par ricochet, si aucune infraction n'est constatée, l'article 434-23 du Code pénal ne trouve pas à s'appliquer, quand bien même il y aurait usurpation du nom. Dans ce sens, l'arrêt des juges du fond encourt la censure si n'est pas établie en tous ses éléments constitutifs l'infraction pouvant aboutir à des poursuites pénales³¹⁶. Dans un arrêt en date du 12 novembre 2015³¹⁷, la Cour de cassation a ainsi censuré l'arrêt de la cour de Poitiers qui s'était contentée des aveux du prévenu sans rechercher si les agissements de ce dernier étaient susceptibles de déterminer contre le tiers, dont le nom avait été usurpé, des poursuites pénales.

156. ***La sanction d'une entrave à la justice.*** M. le Professeur Emmanuel DREYER rappelle ainsi que « l'usurpation d'identité ne suffit pas à caractériser l'infraction du même nom », il doit effectivement exister au-delà de l'appropriation de l'identité d'un autre au moins un risque de poursuites pénales³¹⁸.

³¹⁵Il peut arriver, par exemple, que l'individu porte sur lui des documents d'identité au nom d'un autre, suite à un vol ou encore à la fabrication d'un faux. Dans ce cas, il y aura concours réel de qualifications entre vol/faux et usurpation.

³¹⁶Cass. crim., 19 mars 2006, B. crim. n° 94, D. 2006, comm 82, obs. M. VERON ; V. également Cass. crim., 10 mars 2010, n° 09-81948, non publié au bulletin.

³¹⁷Cass. crim., 12 novembre 2015, n° 14-86358, non publié au bulletin.

³¹⁸E. DREYER, *Dédoublement d'identité*, Gaz. Pal., 2016, n° 6, p. 56.

Cette infraction peut être indifféremment un crime, un délit ou une simple contravention. À ce propos, la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 juin 2010, rappelle que « contrairement aux allégations du moyen, l'article 434-23, qui a remplacé les dispositions de l'article 780 du Code de procédure pénale, n'exige pas que l'usurpation d'identité ait été susceptible de déterminer l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire »³¹⁹. Enfin, peu importe la rétractation ultérieure de l'usurpateur, le délit étant consommé dès le moment où le nom est usurpé³²⁰, sous réserve qu'il appartienne à une personne existante.

157. **Un agissement unilatéral.** De ce qui précède nous pouvons déduire que la prise du nom d'un tiers relève d'un **agissement unilatéral**. En effet, il est peu probable que le tiers ait donné son accord pour risquer des poursuites pénales³²¹. Ce qui signifie que le comportement illicite émane de **la seule volonté de l'agent, qui se réfère à un tiers, à son insu**.

B. La constatation de l'existence d'un tiers

158. **Un tiers existant.** Le « tiers » désigné par l'article 434-23 du Code pénal renvoie incontestablement à une personne existante³²², car seule une personne réelle peut faire l'objet de poursuites pénales³²³. Cette constatation devra d'ailleurs figurer dans le jugement sous peine de censure de la décision³²⁴. L'infraction est caractérisée « quand bien même l'usurpateur n'aurait utilisé qu'une partie de l'identité d'un tiers existant »³²⁵ si cet emprunt à exposé ce dernier à des poursuites pénales.

De surcroît, ce tiers dont l'identité a été usurpée semble devoir être toujours vivant. En effet le prévenu qui, lors d'un contrôle positif d'alcoolémie, utilise l'identité de son frère décédé ne commet pas l'infraction au sens de l'article 434-23 du Code pénal³²⁶.

³¹⁹Par ex. Cass. crim., 22 juin 2010, n° 08-88354, non publié au bulletin.

³²⁰Cass. crim., 2 mars 1912, S. 1913 I, 225.

³²¹Bien que l'on puisse imaginer qu'un tiers accepte de « prêter » son nom pour éviter, par exemple, une contravention ou un retrait de points sur le permis de conduire d'un proche. Il est plus difficile de le concevoir dans le cas d'un délit ou d'un crime.

³²²Cass. crim., 14 décembre 1971, B. crim. n° 349, RSC 1972. 600, obs. A. VITU ; Cass. crim., 13 mai 1991, B. crim. n° 201.

³²³Cela étant, le fait de prendre l'identité d'une personne inexistante ne rend pas le comportement non répréhensible. En effet, l'alinéa 2 de l'article 781 du Code de procédure pénale peut trouver à s'appliquer puisqu'il sanctionne la prise d'identité imaginaire qui provoque la mention de données erronées au casier judiciaire.

³²⁴V. notamment Cass. crim., 15 avril 1972, B. crim. n° 123 ; Cass. crim., 9 mai 1972, B. crim. n° 162.

³²⁵Cass. crim., 13 janvier 1955, B. crim. n° 33 ; V. également Cass. crim., 13 janvier 1987, B. crim. n° 19.

³²⁶CA Grenoble, 25 octobre 2001, JurisData n° 2001-183165.

159. *Une perturbation de la fonction identificatoire du nom.* De ce qui précède, nous pouvons conclure que l'appropriation du nom d'un tiers n'est pas toujours un comportement illicite. Il ne le devient que dans les cas d'infractions commises sous le nom d'une personne réelle et vivante, susceptible d'être exposée à des poursuites pénales. Il y a donc sanction si et seulement si l'agent de l'infraction peut être pris pour un autre ou encore si une personne peut être poursuivie pour une infraction commise par un autre. Cette possible confusion d'identité témoigne que la prise du nom d'un tiers pour commettre une infraction repose sur la **création, par l'agent, d'une illusion sur son identité**, afin d'échapper à des poursuites pénales. Manifestement, il **se fait passer pour un autre et compte bien sur cette illusion pour que l'infraction soit détournée vers cet autre**. L'identité qu'il présente au monde n'est qu'apparence, comme un masque derrière lequel il se cache. Et le droit le sanctionne car son comportement perturbe gravement une fonction essentielle du nom : la possibilité de garantir l'identification et la distinction des individus entre eux au regard de la loi.

Paragraphe 2. La volonté de l'appropriation du nom d'un tiers : représentation d'un modèle dans l'esprit de l'agent

160. *La conscience d'un risque de confusion.* L'article 434-23 du Code pénal ne précise pas l'élément moral de l'usurpation du nom. Toutefois, s'agissant d'un délit, au regard de l'article 121-3 du même Code, il s'agit d'une infraction intentionnelle. En outre, le texte semble n'imposer qu'un dol général et non un dol spécial, ne faisant aucune mention d'une intention particulière de nuire telle que la volonté d'attirer des ennuis au véritable titulaire du nom.

M. le Professeur Emmanuel DREYER considère ainsi que « si la conscience de mentir ne peut suffire pour engager la responsabilité pénale de celui qui a pris l'identité d'autrui, on ne saurait exiger de lui qu'il veuille nuire à autrui en l'exposant à des sanctions pénales. Il doit tout au plus avoir eu conscience que, dans les circonstances où il est intervenu, son comportement pouvait avoir ce type de conséquences pour un tiers »³²⁷. Et l'auteur continue en considérant qu'« il est sans doute préférable de raisonner par rapport à la seule usurpation

³²⁷E. DREYER, *Dédoublement d'identité*, op. cit., p. 56. Le professeur relève qu'à l'encontre du prévenu, « on ne lui reproche [...] pas d'avoir cherché, comme en matière de dénonciation calomnieuse, à exposer autrui à un risque de sanction, mais seulement d'avoir perçu ce risque. S'il savait ne disposer d'aucun droit d'agir de la sorte (parce que ce n'était pas son nom), il peut très bien avoir agi dans un autre but (notamment par esprit de lucre) dès lors qu'il n'ignorait pas les conséquences susceptibles d'en résulter. C'est l'indifférence au sort d'autrui qui appelle alors la sanction ».

d'identité, qui est intentionnelle, dès lors qu'elle est consciente, en imaginant ses conséquences comme un effet possible de l'infraction, mais pas son résultat »³²⁸.

161. *Une connaissance minimum de la réalité du tiers.* On peut se demander si l'intentionnalité impose la connaissance de l'autre pour que la prise du nom soit illicite ; autrement dit, si l'auteur de la prise du nom d'un tiers doit savoir qu'il utilise une identité existante et particulière. Dans l'affirmative, l'usurpateur s'est approprié l'identité d'un tiers choisi. A l'inverse, dans la négative, l'usurpation peut n'être que fortuite, l'auteur ayant donné un nom au hasard afin de ne pas être lui-même poursuivi. À ce jour, il ne s'agit *a priori* que d'un problème purement théorique³²⁹ dans la mesure où la jurisprudence ne s'est jamais prononcée expressément sur ce point³³⁰. Selon Mme le Professeur Michèle-Laure RASSAT, « prendre une identité qu'on croirait de bonne foi être imaginaire et qui se trouverait être celle réelle d'un tiers, ne constituerait pas l'infraction »³³¹.

En pratique, on remarque que l'usurpateur s'approprie la plupart du temps le nom d'une personne connue de lui. En effet, il s'agit le plus souvent pour l'agent d'usurper l'identité d'un membre de sa famille tel qu'un cousin³³², un neveu³³³, ou d'une simple connaissance³³⁴. Ou bien, la prise du nom d'autrui s'est produite suite à un vol de carte d'identité nationale³³⁵ et/ou de passeport. On peut ici imaginer que l'usurpateur ne connaissait pas personnellement l'individu dont l'identité aura été usurpée, mais était conscient de l'existence d'un titulaire. On peut aussi concevoir qu'il a pris soin de prendre un nom correspondant à son genre sexué, ce qui indique une représentation minimum de l'apparence physique du tiers.

162. *La conscience de l'existence d'un tiers.* Selon M. Gérard LORHO, « compte tenu de la répression particulièrement sévère de l'usurpation voulue par le législateur³³⁶, c'est [...] l'intention de l'auteur qui doit primer [sur le résultat objectif : le préjudice causé ou susceptible

³²⁸E. DREYER, *Dédoublement d'identité*, id., p. 56.

³²⁹S. REVEL, *Précision sur la notion d'usurpation d'identité ou l'inexistence de l'ubiquité*, op. cit., p. 218.

³³⁰Dans un arrêt du 25 mars 1998, le prévenu avait essayé de se défendre en affirmant ne pas connaître le dénommé tiers dont l'identité avait été usurpée. Mais son argument a été rejeté, ne remettant pas en cause la qualification de l'usurpation d'identité. N'est-ce pas là simplement le constat d'une difficulté de prouver la non-connaissance du tiers ? (V. Cass. crim. 25 mars 1998, n° 97-82818, non publié au bulletin).

³³¹M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, n° 1027, p. 1107.

³³²Par ex. Cass. crim., 22 juin 2010, n° 08-88354, non publié au bulletin.

³³³Cass. crim., 21 février 1996, n° 95-84049, non publié au bulletin.

³³⁴Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83255, non publié au bulletin.

³³⁵Cass. crim., 8 septembre 1998, n° 97-85790, non publié au bulletin.

³³⁶La peine s'élève à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

d'être causé à autrui] en dépit des évidents problèmes de preuve de celle-ci »³³⁷ ; et c'est cette position que nous retiendrons. La prise du nom d'autrui est sanctionnable parce que l'agent a conscience de l'existence d'un tiers. Même s'il ne connaît pas personnellement la personne dont il prend le nom, il ne choisit pas au hasard l'identité usurpée. Volontairement, il utilise une vraie identité pour s'en créer une fausse. C'est dans ce sens, que l'on peut comprendre les propos du Professeur Michèle-Laure RASSAT, précédemment cités : celui qui croirait prendre une identité imaginaire, mais qui s'avérerait être celle d'une personne existante, ne pourrait être poursuivi sur le fondement de l'article 434-23 du Code pénal, s'il arrive toutefois à prouver sa bonne foi. L'autorité de poursuite « agirait » sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 781 du Code de procédure pénale qui punit celui qui aura fourni des renseignements d'identité imaginaires qui ont provoqué ou auraient pu provoquer des mentions erronées au casier judiciaire. Alors que **la prise du nom d'un tiers n'est jamais fortuite et témoigne de la volonté de l'agent de créer une confusion d'identité entre la sienne et celle d'autrui.**

Ces différentes analyses nous permettent d'affirmer que le droit pénal sanctionne bien un comportement d'imitation lorsqu'il caractérise une telle infraction.

Paragraphe 3. La prise du nom d'un tiers pour échapper aux poursuites : incrimination pénale d'un comportement d'imitation unilatérale d'une personne

163. *Recherche des critères d'imitation.* Les éléments pris en compte pour caractériser l'infraction visée par l'article 434-23 du Code pénal présentent des similitudes certaines avec les critères d'un comportement d'imitation qu'il convient maintenant d'illustrer dans ce cadre précis du champ pénal.

164. *Une représentation du tiers dans l'esprit de l'imitateur.* Cette disposition incrimine une **appropriation frauduleuse et volontaire** d'un élément de l'identité classique d'autrui. De surcroît, son champ d'application implique nécessairement une **représentation de la personne titulaire** de l'identité. Par ces éléments constitutifs, cette incrimination illustre parfaitement comment le droit pénal sanctionne un comportement **d'imitation personnelle illicite**, c'est-à-dire portant sur des attributs protégés de l'individu.

Nous avons vu que le nom et ses accessoires sont protégés car ils sont la source de

³³⁷G. LORHO, *Usurpation d'état civil*, art. 434-23, J.-Cl. Pénal Code, 2008, fasc. 20, n° 4.

l'individualité de l'homme : ils participent de son sentiment d'être unique et le rendent identifiable entre tous aux yeux du public³³⁸. La prise du nom d'autrui a, par conséquent, un double aspect : elle dissimule l'identité de l'usurpateur tout en exposant autrui aux poursuites pénales prévues pour l'infraction commise.

En exigeant que le nom utilisé soit celui d'une personne vivante, c'est bien une imitation, reposant sur **l'existence d'un modèle**, que le texte sanctionne. L'usurpateur ici ne reprend pas les caractéristiques physiques ou les actes d'un tiers pris pour modèle mais il utilise les éléments fondamentaux d'identité d'une personne pour « se faire passer » pour elle alors qu'il commet une infraction. Il simule en feignant être autrui par l'utilisation de son identité et reproduit en quelque sorte cette identité sur soi, en se l'appropriant. Le résultat de cette imitation personnelle est qu'au même moment, un élément d'identité, normalement unique, est porté par deux individus : le titulaire modèle et son imitateur.

En réprimant la prise du nom d'autrui, le texte sanctionne la création, par l'agent, d'une **confusion entre son identité et celle d'un autre individu**. Parce que le nom utilisé est « vrai », c'est-à-dire celui d'un tiers existant et vivant, l'usurpateur crée une illusion en donnant à son comportement une **apparence de la réalité**. C'est pourquoi cette confusion implique nécessairement une représentation préalable du tiers dans l'esprit de l'imitateur : c'est parce qu'il sait que le nom usurpé appartient à une personne réelle qu'il l'utilise pour créer une illusion d'identité. En ce sens, cette appropriation d'une identité existante constitue plus particulièrement une **imitation-reproduction par l'utilisation de vrais données**. L'image - ici un nom ou ses accessoires - que la reproduction renvoie est suffisamment et parfaitement représentée.

Se pose toutefois la question de savoir si la prise du nom d'un tiers visée par le texte doit entraîner une méprise chez le public observateur ; autrement dit, si l'apparence créée doit être trompeuse pour justifier la sanction. Pour répondre, nous devons faire la distinction entre imitation paraissant vraie et imitation visiblement fausse.

165. **Apparence vraie.** Une imitation paraît être vraie si aucun élément ne permet de constater la supercherie, hormis par le tiers victime ou ses proches. Tel pourrait être le cas d'un imitateur qui donnerait le nom d'un autre lors de la rédaction d'un procès-verbal. Il créerait une apparence illusoire de la réalité car aucun élément ne permettrait de contrer cette apparence et l'imitation présenterait alors une forte aptitude à créer une méprise.

³³⁸V. *supra* n° 110 et s.

166. **Apparence fausse.** Une imitation peut paraître visiblement fausse. Bien que créant une illusion de la réalité, elle comporte des éléments permettant de dévoiler aisément la supercherie. Tel serait le cas de l'imitateur qui émettrait des courriels diffamatoires en les signant du nom d'un collègue, tellement extravagants ou invraisemblables qu'aucun des destinataires des e-mails ne pourrait être dupe de la supercherie. Dans ce sens, l'agent pourrait-il se prévaloir de l'absence de méprise pour ne pas être sanctionné de la prise de nom d'un tiers ? Autrement dit, l'imitateur peut-il alléguer que l'illusion créée par son imitation n'est pas trompeuse ?

167. **Présomption de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.** Dans les faits, le texte n'impose pas la prise en compte de la vraisemblance de l'imitation pour la qualifier d'imitation illicite. Peu importe que l'imitation-reproduction ait créé une apparence vraie ou visiblement fausse, le nom utilisé par l'imitateur étant celui véritablement porté par un tiers, la victime. D'après nous, il est plutôt question d'une **présomption de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise**. Car d'une part, même les observateurs constituant un public averti peuvent, dans un premier temps, être abusés par l'imitation³³⁹. D'autre part, et surtout, la victime reste identifiable comme le responsable des propos diffamatoires aux yeux d'un public raisonnable et au regard de la loi, à moins de pouvoir prouver l'usurpation de son nom. C'est là faire une appréciation *in abstracto* de cette susceptibilité à tromper.

168. **Présomption irréfragable.** L'aptitude du comportement à causer une méprise dans l'esprit du public doit donc être **présumée**, et ce, de **manière irréfragable**, du seul fait que les données utilisées pour imiter autrui sont vrais – **éléments véritables d'identité**. En effet, ce n'est pas tant la méprise causée par l'apparence qui doit être prise en compte que la possibilité que l'appréciation de cette apparence puisse être erronée. C'est-à-dire que l'infraction est caractérisée par une apparence non pas effectivement mais potentiellement trompeuse. Nous considérons donc le risque de méprise comme un élément constitutif intrinsèque de l'infraction. Il suffira alors à la caractérisation de l'infraction la constatation que l'imitateur se soit fait passer pour un autre, en créant et en souhaitant une confusion d'identité illusoire, pour détourner les conséquences répréhensibles de son comportement contre le tiers imité.

³³⁹Dans l'exemple cité il s'agit des collègues connaissant suffisamment la victime usurpée pour s'apercevoir *a posteriori* de la supercherie

169. *Transposition à l'usurpation du numéro d'immatriculation d'un véhicule.* Ces observations peuvent être transposées à l'article L. 317-4-1 du Code de la route. Ce texte sanctionne le « fait de mettre en circulation ou de faire circuler un véhicule à moteur ou une remorque munie d'une plaque portant un numéro d'immatriculation attribué à un autre véhicule dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer des poursuites pénales contre un tiers ». L'infraction consiste ainsi en une appropriation du numéro d'immatriculation attribué au véhicule d'une tierce personne. Il faut comprendre par-là que ce numéro, s'il ne désigne pas directement une personne, renvoie indirectement à l'identification de celle-ci à un moment donné. Or, utiliser de vraies données de nature à permettre cette identification constitue une **imitation-reproduction** en vue de détourner les poursuites pénales contre le tiers imité³⁴⁰. L'imitateur, en apposant un numéro correspondant à un autre, crée effectivement l'apparence illusoire d'être celui qu'il n'est pas en usurpant des données d'identification. Son comportement risque alors d'entraîner l'identification fautive d'un tiers lors de la commission d'une infraction de la route. **Cette aptitude à créer une méprise n'aura pas à être démontrée puisque l'utilisation d'une vraie plaque d'immatriculation crée déjà une confusion illicite entre deux véhicules.**

170. *Pour conclure sur l'infraction de prise de nom.* Le texte incriminant la prise du nom d'un tiers afin d'échapper à des poursuites judiciaires réprime donc bien une **imitation illicite** de celui-ci. En effet, cet acte entraîne une **illusion quant à l'identité du coupable d'une infraction, confondue avec celle d'un autre**. Bien plus, il témoigne de la volonté de l'agent de s'approprier une identité qui n'est pas choisie au hasard, comme s'il prenait un **modèle vraisemblable**. L'imitation est en outre **unilatérale**, puisque déterminée par une volonté. Ainsi, cette incrimination illustre une des façons dont le droit pénal sanctionne une imitation personnelle illicite³⁴¹, dont le raisonnement peut être identique en matière d'usurpation de

³⁴⁰ Au regard de l'adage *specialia generalibus derogant*, on appliquera la qualification spéciale et non la générale. Ainsi celui qui usurpe le numéro d'immatriculation d'une personne se verra sanctionner pour l'infraction prévue par l'article L. 317-4-1 du Code de la route.

³⁴¹ On remarquera que l'article 434-23 du Code pénal pose une exception au principe de non cumul des peines. En effet, son alinéa 2 prévoit que « nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5, les peines prononcées pour ce délit se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles qui auront été prononcées pour l'infraction à l'occasion de laquelle l'usurpation a été commise ». Cette disposition se comprend aisément si l'on considère que le détournement des poursuites pénales sur un tiers vise justement l'évitement de la sanction encourue pour une infraction (Cass. crim., 26 septembre 1994, B. crim. n° 304 ; Cass. crim., 29 mars 2006, B. crim. n° 94). Cependant, le législateur a entendu faire une application restrictive de cette exception au non cumul des peines. Ainsi, le cumul des peines sans possibilité de confusion ne saurait s'étendre aux infractions étrangères qui n'ont rien à voir avec l'usurpation (Crim. 29 mars 2006, préc.). Par ailleurs, la Cour de cassation considère qu'« une seule peine devait être prononcée pour l'ensemble des usurpations d'identité » en cas de commission de

numéro d'immatriculation d'un véhicule

Ces deux articles admettent cependant un champ d'application bien déterminé : celui où l'imitateur, agent d'une infraction, cherche avant tout à détourner les poursuites pénales vers autrui. C'est pourquoi le législateur a prévu l'incrimination d'une autre infraction - l'usurpation d'identité et l'utilisation de données permettant d'identifier un tiers - dont le champ d'application paraît plus large.

II. L'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal : une imitation de personne

171. *Une usurpation dans l'intention de nuire.* L'article 226-4-1 du Code pénal sanctionne « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération »³⁴².

Comme le précédent, ce texte prévoit de sanctionner l'appropriation des attributs identitaires d'une personne. Il s'agira de tenir ici la même démarche et nous montrerons d'abord que cette incrimination relève d'un comportement illicite d'imitation personnelle, c'est-à-dire de l'appropriation illicite et volontaire de l'identité d'autrui (Paragraphe 1).

Le champ d'application du texte impose nettement une intention de nuire à autrui. Le législateur en 2011 n'a pas limité l'infraction à la seule usurpation d'identité. L'article 226-4-1 du Code pénal conditionne l'usurpation à un dol spécial : la volonté de troubler la tranquillité de la victime ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération. Or l'étude de cette condition supplémentaire n'est pas sans conséquence pour la compréhension et l'élaboration du concept d'imitation (Paragraphe 2).

plusieurs infractions identiques (Cass. crim., 24 octobre 1991, B. crim. n° 378).

³⁴²Certains auteurs s'interrogent sur la nature des mobiles visés qui n'a que peu à voir avec la protection de la vie privée et donc sur l'emplacement du délit dans le Code pénal (V. notamment V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2015, n° 639, p. 340). Cela étant, on peut trouver bienvenue l'abandon du rattachement de l'infraction aux violences, prévu au départ dans la proposition de loi. Il n'est toutefois pas ici question d'entrer dans le débat quant à la place opportune du texte dans le Code pénal parmi les infractions d'atteinte à la vie privée de la personne. Il est vrai qu'il est classique de rattacher l'atteinte au nom à l'atteinte à la vie privée. L'individu n'est pas propriétaire de son nom. Il ne peut revendiquer sur lui un droit sous la menace de sanctions pénales.

Paragraphe 1. Une appropriation illicite et volontaire de l'identité d'autrui

172. *Exposé de la démarche : recherche des critères de l'imitation.* L'appropriation illicite et volontaire de l'identité d'autrui ou des éléments d'identité permettant de l'identifier semble impliquer à la fois la création d'une certaine confusion d'identité (A) et une représentation du tiers dans l'esprit de l'agent (B). Cette analyse préalable, nous permettra alors d'en retirer ensuite les conséquences quant à notre concept d'imitation (C).

A. L'appropriation de l'identité d'une personne : création d'une certaine confusion d'identité

173. *Appropriation de l'identité d'une personne existante et vivante.* Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire du principe de légalité, invite le juge à appliquer le texte tel quel. Or s'il est démontré que la victime de l'usurpation doit être vivante pour appliquer l'article 434-23 du Code pénal, il en est quelque peu différemment pour l'article 226-4-1 du même Code qui incrimine simplement « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier ». Ce texte envisageant le trouble éventuel causé à la tranquillité du titulaire de l'identité mais aussi à celle d'autrui, il paraît légitime de s'interroger sur la nécessaire existence de la personne victime de l'usurpation. En effet, il est possible d'imaginer qu'une usurpation d'identité d'une personne décédée risque de troubler la tranquillité de ses proches ayant-droits.

Si les juges du fond et la Cour de cassation n'ont pas encore eu à se prononcer sur ce point, la doctrine reste toutefois unanime : l'agent ne peut usurper l'identité que d'une personne existante et vivante³⁴³.

Ainsi doit-on en conclure que l'article 226-4-1 du Code pénal, à l'image de l'article 434-23 du même code, s'applique aux appropriations d'identité dont le titulaire n'est pas décédé. Ce qui le distingue par exemple de l'article 231 du Code pénal belge selon lequel sera puni d'usurpation d'identité celui qui aura « pris un nom qui ne lui appartient pas ». Ici, l'usurpation d'identité est entendue comme la prise d'un nom autre que le sien. Il ne s'agit pas *a priori* de s'être approprié l'identité d'un autre, mais de ne pas avoir utilisé son nom légalement admis - le

³⁴³V. sur ce point J. GALLOIS, *Usurpation d'identité : nécessité pour l'auteur de s'être volontairement attribué l'identité d'autrui*, D. 22 mars 2016. Ajoutons que la proposition de loi n° 1316 du 24 juillet 2013 visant à aggraver la sanction pénale applicable à l'usurpation d'identité commise par le biais de réseaux de communication électronique, prévoit que l'usurpation d'identité est le fait de prendre délibérément, l'identité d'une autre personne vivante.

nom utilisé pouvant être inventé ou celui d'une personne décédée.

174. ***Création d'une confusion d'identité.*** L'identité usurpée appartenant à une personne vivante, le texte du droit français semble impliquer la sanction d'une confusion d'identité. Cependant, **la confusion sera plus ou moins parfaite selon la donnée d'identification usurpée.**

Lorsque celle-ci est objective - élément de l'identité classique de la personne ou une de ses données numéraires et techniques - la confusion sera effectivement totale.

Ce qui n'est pas le cas lorsque la donnée personnelle usurpée est subjective, relative à la voix, le geste ou encore l'image de la personne. En effet, tout dépend de sa pertinence à permettre la reconnaissance de l'individu. Parfois, aucun doute ne subsistera quant à sa potentialité de permettre l'identification de son titulaire, s'il s'agit par exemple d'une image ou d'une voix enregistrée. Dans d'autres cas, la donnée identitaire aura été déformée par l'agent³⁴⁴. Ce sera alors aux juges du fond d'apprécier souverainement le pouvoir évocateur de la donnée subjective produite par l'usurpateur, c'est-à-dire qu'il conviendra de vérifier si elle suffit pour reconnaître la ou les personnes victimes de l'usurpation. Autrement dit, il est nécessaire d'établir que l'élément d'identification entre dans le champ de protection de l'article 226-4-1 du Code pénal.

175. ***Données d'identité d'une personne morale.*** Ajoutons que le texte protège également l'identité d'une personne morale. Car dans la mesure où elle a encore la personnalité juridique, elle peut également être victime d'une appropriation, entraînant effectivement une confusion d'identité entre personnes morales.

176. ***Présence du premier critère.*** Une fois acquise la certitude d'une confusion d'identité, premier critère d'une imitation personnelle, il convient de vérifier si l'appropriation d'une donnée identificatoire concerne une personne représentée dans l'esprit de l'agent.

³⁴⁴Il pourra s'agir de photos retouchées, de voix imitées ou encore de gestes reproduits devant être significatifs de la personne.

B. La représentation nécessaire du tiers dans l'esprit de l'agent

177. **Matérialité de l'infraction élargie.** L'article 226-4-1 du Code pénal vient remédier à un vide juridique dans la mesure où il permet une répression de l'usurpation d'identité en dehors des circonscriptions imposées par les autres textes en la matière³⁴⁵. C'est pourquoi le législateur a pris le soin d'élargir la matérialité – et non l'intention – du comportement. Ainsi, nous analyserons l'acte d'appropriation (1), avant de vérifier si l'infraction impose une représentation du tiers dans l'esprit de l'agent (2), pour en retirer les conséquences pour la compréhension de l'imitation personnelle (3).

1) *L'appropriation de l'identité d'un tiers*

178. **Nécessité d'une imitation publique à préciser.** L'analyse de l'acte d'appropriation soulève une interrogation préalable. En effet, le législateur n'a pas précisé si l'usurpation ou l'utilisation des éléments d'identification d'autrui devait être publique pour être caractérisée, à la différence par exemple, de l'usurpation de nom dans le Code pénal Belge. En effet, le législateur belge a limité le domaine d'application aux usurpations publiques. Selon l'article 231 du Code pénal belge, « quiconque aura publiquement pris un nom qui ne lui appartient pas sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois, et d'une amende de vingt-cinq [euros] à trois cents [euros], ou d'une de ces peines seulement »³⁴⁶.

A la seule lecture de l'alinéa 1 de l'article 226-4-1 du Code pénal, il semble que l'infraction puisse être sanctionnée pour des faits commis en public comme en privé, à la condition de prouver l'intention de nuire de l'usurpateur. Au regard de l'alinéa 2 du texte prévoyant la sanction de l'infraction commise sur un réseau de communication au public en ligne, le législateur paraît limiter la répression à l'usurpation d'identité publique. Toutefois, il paraît difficile de démontrer une volonté de troubler la tranquillité ou de porter atteinte à la

³⁴⁵ Avant la rédaction de l'article 226-4-1 du Code pénal, la répression du comportement d'usurpation trouvait comme fondement les articles 222-14-3, 226-15 du même Code ou encore l'article 29 de la loi 29 juin 1881 sur la liberté de la presse. Toutefois, ces textes n'ont pas pour objectif de sanctionner spécifiquement l'usurpation d'identité mais respectivement la violence, le détournement de correspondance ou encore l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne.

³⁴⁶ Plusieurs éléments peuvent être rapportés. Le texte semble être limité puisqu'il ne punit que l'usurpation de nom et non les autres données d'identification de la personne. Il ne circonscrit pas le champ d'application de l'infraction. Enfin, la peine semble assez légère si on la compare à celle prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal, la sanction en droit pénal français s'élevant à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

considération ou à l'honneur de la victime lorsque l'usurpation se fait en privé. Il serait utile que le législateur se prononce sur ce point.

179. **Deux comportements sanctionnés.** L'article 226-4-1 du Code pénal fait état de deux comportements distincts d'appropriation de l'identité et des éléments d'identification : usurper l'identité d'autrui (a) et utiliser des données de toute nature permettant d'identifier un tiers (b).

a) *L'usurpation de l'identité d'autrui : une appropriation personnelle consistant à « se faire passer pour »*

180. **Une appropriation pour soi de l'identité d'un tiers.** Lors de la rédaction de l'article 226-4-1 du Code pénal, le législateur a utilisé le terme « usurpation d'identité » sans pour autant définir la signification de la matérialité de l'acte. Or cette usurpation semble poser quelques difficultés d'appréciation dans la jurisprudence. Il est donc nécessaire de comprendre ce que l'on entend par cette notion. Au premier abord, l'usurpation d'identité est le fait de faire usage par ruse ou violence de l'identité d'un autre³⁴⁷. C'est dans ce sens que la prise du nom d'autrui réprimée par l'article 434-23 du Code pénal correspond à une usurpation d'identité, bien que le terme n'apparaisse pas dans le texte.

Toutefois, au regard du rapport de l'Assemblée nationale, il ne semble pas que le législateur ait souhaité largement réprimer l'usage de l'identité d'autrui. Le risque aurait été notamment que tombent sous le coup de la qualification d'usage des comportements qu'il n'entendait pas réprimer tels que, par exemple, la simple citation du nom d'autrui sur un site internet³⁴⁸. Mme le Professeur Agathe LEPAGE considère ainsi que « le législateur a craint que, prise à la lettre, l'expression d'origine – le fait d'utiliser l'identité d'un tiers – fût propice à une interprétation permettant d'aller au-delà de ce qu'il avait l'intention de réprimer »³⁴⁹. Ainsi faut-il entendre « usurpation d'identité », au sens fort, comme le fait de **s'approprier l'identité d'un autre**, au même titre que l'article 434-23 du Code pénal, dont il faut préciser la teneur.

181. **Une infraction instantanée.** D'une part, cette infraction n'a pas été retenue comme une infraction d'habitude et la condition de réitération n'a pas été gardée dans sa rédaction

³⁴⁷³⁴⁷E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V° Usurper.

³⁴⁸Rapp. AN. n° 2271, 1^{ère} lecture, 27 janvier 2010.

³⁴⁹A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 35.

définitive³⁵⁰. Une seule attribution suffirait à caractériser l'élément matériel de l'infraction, qui est donc instantanée.

182. *Acte positif. Exemple jurisprudentiel.* D'autre part, récemment, la Cour de cassation est intervenue pour préciser l'incrimination dans un arrêt du 17 février 2016³⁵¹. En l'espèce, le prévenu originaire des Comores était entré sur le territoire français alors qu'il était mineur, sous l'identité que lui avait attribuée celui qu'il a longtemps considéré comme son père. Quelques années plus tard, la Caisse nationale assurance vieillesse lui apprend que l'identité qu'il déclare n'est pas la sienne. Pourtant, il continue d'en faire usage notamment en déposant une demande de renouvellement de passeport. La cour d'Aix-en-Provence essaie de constater l'infraction du fait que le prévenu a conservé l'identité en sachant qu'il n'en était pas titulaire³⁵². Pourtant, la Cour de cassation censure l'arrêt des juges du fond aux motifs « qu'il résulte de ses propres constatations que l'identité litigieuse correspond aussi à celle qui avait été attribuée au prévenu dans des circonstances extrinsèques, de sorte que [...] le fait d'usurper l'identité d'un tiers [...] ne [peut] être caractérisé ». Le prévenu ne s'étant pas originellement attribué lui-même l'identité d'un autre, la Haute Cour refuse ainsi de le sanctionner, et ce, même s'il a continué en toute connaissance de cause d'en faire usage.

Il ressort de cet arrêt que l'acte matériel d'usurpation est un acte positif et non une omission. Pour M. le Professeur Yves MAYAUD, « le prévenu s'était dispensé de faire état de sa fausse identité dès la connaissance qu'il en avait eue, mais cette omission n'a pas été considérée par la Cour de cassation comme constitutive du délit »³⁵³. Ainsi une simple abstention ne saurait-elle constituer l'usurpation. La Haute Cour exige l'acte positif d'une attribution par soi-même. Et selon M. le Professeur Emmanuel DREYER, on ne saurait « assimiler au fait de prendre l'identité d'autrui le fait de la conserver [sans rien faire] lorsqu'on ne l'a pas prise de manière frauduleuse »³⁵⁴.

³⁵⁰La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la nature de l'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal. Toutefois, au regard de l'esprit du texte, il paraît logique de supposer qu'il s'agit d'un délit instantané. Surtout si l'on compare le comportement visé à celui sanctionné par l'article 434-23 du même Code. En effet, s'agissant de prendre le nom d'un tiers, il semble tout à fait identique en sa nature. Or la Cour de cassation s'est déjà prononcée à l'occasion d'un arrêt du 16 février 1999. L'infraction prévue par l'article 434-23 est une infraction instantanée (Cass. crim., 16 février 1999, B. crim. n° 25).

³⁵¹Cass. crim., 17 févr. 2016, B. crim. n° 54.

³⁵²Pour les juges du fond, « il ne peut prétendre avoir eu d'autre recours que de continuer d'utiliser l'identité qu'il savait désormais usurpée étant observé qu'il ne justifie, pas même, avoir saisi les juridictions compétentes pour statuer sur son état civil ».

³⁵³Y. MAYAUD, *Un attendu de principe pour le délit d'usurpation d'identité*, RSC 2016, p. 68.

³⁵⁴E. DREYER, *Usurpation d'identité : il n'y a pas délit si l'abuseur était le premier abusé*, Gaz. Pal., 2016, n° 16, p. 59.

183. ***Solution jurisprudentielle à nuancer.*** Cette solution, si elle reste d'espèce, nous paraît pouvoir être nuancée. En effet, selon nous, si l'usurpation se constate uniquement par une attribution personnelle, cela signifie que pour toute personne qui acquiescerait à une question d'un autre s'agissant de son identité mais mentionnant un faux nom, la matérialité de l'acte ne serait pas caractérisée. De tels propos doivent être précisés.

184. ***Acte positif d'appropriation.*** Il est clair que l'individu qui ne ferait que laisser croire, sans rien dire, s'appeler du nom d'autrui ne saurait agir positivement. De même, répondre positivement à l'attribution par un autre d'une identité d'autrui constituerait bien un acte positif ; mais ne devrait pas suffire à caractériser l'élément matériel exigé par l'article 226-4-1 du Code pénal. Il nous semble que l'usurpation ne soit pas tant à caractériser par une « attribution » personnelle mais bien précisément par une « **appropriation** » **de l'identité d'un tiers, un comportement visant à « se faire passer pour autrui »**. C'est dans toutes les nuances possibles d'un tel comportement que doit être recherché un fait positif personnel et imputable au prévenu³⁵⁵.

L'espèce de l'arrêt de 2016 reste toutefois particulière dans la mesure où le prévenu, appelé par le nom d'un autre dès son plus jeune âge, ne pouvait avoir nécessairement conscience de la fausseté de son identité. Ce nom participait de son « sentiment d'être soi » et il est plus probable qu'en l'utilisant il ait simplement eu l'intention de continuer à se faire passer pour celui qu'il avait toujours cru être. La constatation de l'appropriation de l'identité d'autrui doit alors s'analyser au regard de la représentation d'un tiers titulaire de l'identité dans l'esprit de l'agent et de son intention, critères que nous étudierons ultérieurement³⁵⁶.

Au-delà de l'usurpation d'identité, le texte prévoit également un autre comportement, celui d'utiliser des données de nature à permettre l'identification d'un tiers.

b) *L'utilisation des données de nature à permettre l'identification d'un tiers : un comportement plus large consistant à « faire usage de »*

185. ***L'utilisation de diverses données identificatoires.*** Le deuxième comportement

³⁵⁵Un simple mensonge sur sa véritable identité ne suffirait donc pas, puisque l'appropriation de l'identité d'autrui impose une utilisation pour soi.

³⁵⁶V. *infra* n° 191 (pour la représentation) ; V. *infra* n° 210 (pour l'intention).

incriminé par l'article 226-4-1 du Code pénal est l'utilisation de données de nature permettant l'identification d'une autre personne que soi-même. Ces données regroupant un large panel d'éléments d'identification³⁵⁷, ce « faire usage » étend donc grandement le champ d'application du délit. Il s'agit de l'utilisation frauduleuse d'éléments d'identité nominatifs mais également techniques ou encore numériques – et plus largement de toutes données qui sont à la fois personnelles et aptes à permettre une identification effective de la personne qui en est titulaire. C'est pourquoi nous considérons que l'utilisation frauduleuse de données naturelles (enregistrement d'une voix, représentation de l'image d'une personne, etc.) entre également dans le champ d'application du texte. Ainsi faut-il comprendre que l'expression « faire usage » renvoie à différents comportements en fonction de l'objet de l'identification et qu'incontestablement, il s'agit là aussi d'actes positifs.

M. le Professeur MAYAUD constate que « les travaux parlementaires témoignent, moins d'une préoccupation de différence juridique, que d'une nuance d'ordre sémantique, "l'usage" ayant été préféré à l'"usurpation", parce qu'il relève d'une formulation plus adaptée, outre que les "données" en cause sont propres aux communications électroniques »³⁵⁸. Pourtant, il semble que la jurisprudence soit allée au-delà d'une telle conception.

186. *L'utilisation des données et usurper l'identité, des actes distincts mais souvent complémentaires.* On peut d'abord noter que l'usurpation d'identité d'autrui entraîne toujours une utilisation des éléments de cette identité³⁵⁹. Par ailleurs, l'usurpation d'un élément d'identité peut s'accompagner de l'utilisation d'une autre donnée de nature à permettre l'identification de la personne.

Néanmoins, **tout usage de données personnelles d'autrui n'implique pas nécessairement une usurpation de son identité.** En effet, le comportement d'usage est à entendre de manière moins restrictive : la simple citation de l'identité d'une personne peut ainsi constituer l'infraction par le procédé d'usage – sans relever d'une usurpation. Et la jurisprudence donne des indices quant à l'interprétation de cette infraction.

187. *Usurpation accompagnée d'utilisation de données de toute nature.* Le tribunal

³⁵⁷V. *supra* n° 110 et s.

³⁵⁸Y. MAYAUD, *Un attendu de principe pour le délit d'usurpation d'identité*, op. cit., p. 68.

³⁵⁹Cette affirmation paraît logique, mais il nous semble opportun de le rappeler dans la démonstration. Par exemple, une personne, pour usurper l'identité d'un médecin de renom, devra nécessairement utiliser son nom afin de trouver un poste dans un hôpital

correctionnel de Paris a rendu la première décision en application de l'article 226-4-1 du Code pénal le 18 décembre 2014³⁶⁰. En l'espèce, un informaticien avait créé un « faux » site en reprenant la photographie de la victime, Mme Rachida DATI, et certains éléments utilisés sur son site officiel dans le but de lui faire tenir des propos injurieux et diffamants pour elle³⁶¹. De plus, le « faux » site permettait aux internautes de publier des commentaires sous la forme de « communiqués » officiels au nom de la victime, et à son préjudice³⁶². Le tribunal constate alors l'élément matériel de l'infraction : l'usurpation d'identité de la victime ainsi que l'utilisation de données permettant de l'identifier dont son image. Cette solution a été confirmée par la suite par la cour de Paris puis la Cour de cassation. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 16 novembre 2016³⁶³ considère que les juges du fond ont, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, car « le prévenu a usurpé l'identité d'un tiers en vue de porter atteinte à son honneur ou sa considération, infraction exclusive de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Notons que la Haute Cour a paru ne retenir que le procédé d'usurpation d'identité qui semblait prédominer sur celui d'user des données personnelles d'autrui. L'utilisation de données a en effet servi à faire passer le site frauduleux pour le site officiel de la victime.

188. **Réitération de la solution.** En 2015, la même solution a été réitérée. Dans une décision du tribunal de grande instance de Paris rendue le 24 mars 2015³⁶⁴, les prévenus avaient créé un faux compte Facebook au nom de la victime accompagné de certaines de ses photographies personnelles³⁶⁵.

189. **Simple utilisation de données de nature à permettre une identification.** Plus récemment, les mêmes juges ont rendu une ordonnance de référé le 12 août 2016 concernant

³⁶⁰T. corr. Paris, 18 décembre 2014, n° 12010064012 ; V. également J. FRANCILLON, *Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique. L'affaire du « faux site officiel » de Rachida Dati : une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance*, RSC 2015, p. 101.

³⁶¹De surcroît, il s'était fait aider par une personne qui lui avait fourni le nom de domaine ainsi que l'espace d'hébergement accompagné de l'identifiant et du mot de passe de la victime.

³⁶²Pour ce faire, le créateur du site aurait profité d'une faille de sécurité sur le site officiel de la victime afin d'introduire des instructions informatiques à un emplacement non prévu à cet effet et de modifier le comportement du site officiel. Cet acte correspond donc aussi à une introduction frauduleuse de données dans un système de traitement automatisé de données au sens des articles 323-3 et 323-5 du Code pénal.

³⁶³Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 16-80207, non publié au bulletin.

³⁶⁴TGI Paris, 24 mars 2015, n° RG 09/16298.

³⁶⁵Les photographies ont été dérobées sur le téléphone portable de la victime.

un individu qui a créé un site internet aux nom et prénom d'un tiers-victime³⁶⁶. En l'espèce, la page d'accueil se décrivait expressément être un « site vengeur et rancunier », promettant « toutes [sic] la vérité » sur les deux personnes visées. Le site était illustré de photographies représentant l'une de ces dernières, détournées de leur contexte de fixation et accompagnées de commentaires accablants³⁶⁷. Le prévenu avait, par ailleurs, divulgué des informations personnelles telles que l'adresse de leur domicile ou encore leur adresse e-mail et invitait les internautes à se manifester s'ils étaient eux aussi « victimes » et à dénoncer d'éventuelles entournoupes non répertoriées ». Si le tribunal de grande instance ne le dit pas clairement, il s'agissait bien ici d'une utilisation illicite de l'identité et de données de nature à permettre une identification des victimes de l'infraction, sans que le prévenu ait pris pour soi l'identité d'un tiers.

190. *L'utilisation de données plus largement entendue que l'usurpation.* De l'ensemble de ces arrêts, il semble que se dégage une première remarque. En effet, le texte d'incrimination semble sanctionner deux actes matériels bien différents : d'une part, l'usurpation d'identité qui renvoie à un acte d'appropriation et l'usage de toutes données d'identification pouvant ainsi inclure l'identité au sens classique du terme ainsi que toutes autres données d'identification de la personne. Ainsi, la jurisprudence comprend bien l'utilisation de données d'identification dans un sens plus large que l'usurpation. Car **si l'usage renvoie souvent à des situations où l'agent s'approprie et utilise les données d'identité d'un autre, il peut admettre des cas où il ne s'agit pas de « prendre pour soi » l'identité du tiers.**

Il convient à présent de s'assurer que l'infraction prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal implique une représentation du tiers par l'agent.

³⁶⁶TGI, 12 août 2016, n° RG 16/56239. Pour les juges, « le fait invoqué en défense, d'ailleurs non prouvé, que les nom et prénom de la demanderesse correspondent au nom d'un site marchand, n'est pas de nature à priver ces faits de leur caractère illicite, les droits dont disposent les tiers sur une marque ou un nom commercial étant inopposables à une personne physique dans la jouissance des protections qu'institue la loi contre les atteintes faites à sa personnalité, encore moins quand ces atteintes procèdent, comme en l'espèce, d'une intention malveillante ».

³⁶⁷La page désigne la demanderesse comme complice et bénéficiaire de « *malversations* » dont le site accuse son père, et qui désignent celui-ci comme un « *escroc* » ayant fait l'objet de prétendues procédures judiciaires dont il est fait rapport.

2) *La représentation du tiers dans l'esprit de l'agent*

191. **Représentation dans l'esprit de l'imitateur.** À l'image de l'article 434-23 du Code pénal, l'article 226-4-1 du même Code semble exiger que l'usurpateur se soit représenté le tiers dont il s'est approprié ou a utilisé les éléments d'identité et d'identification. La matérialité de l'acte suggère en outre qu'il s'agit là d'une condition intrinsèque de l'incrimination.

192. **Délit intentionnel.** Au regard de l'article 121-1 du Code pénal, le délit prévu par cette disposition est intentionnel, en exigeant d'abord un dol général. Ce dernier consiste à avoir la volonté d'usurper l'identité d'autrui ou de faire usage de données permettant de l'identifier en ayant conscience qu'il s'agit de l'identité d'un autre. Autrement dit, l'agent doit avoir la volonté de confondre son identité à celle d'un autre en violation de la loi. *A contrario*, si l'individu n'a pas la **volonté et la conscience de s'être approprié l'identité ou des éléments d'identité d'un autre**, il ne commet pas l'infraction.

Par ailleurs, l'usurpation de l'identité ou l'utilisation des données identificatoires d'un tiers sont réprimées lorsqu'elles sont commises « en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération ». Or s'agissant d'une intention spécifique de parvenir à un résultat déterminé visant une personne déterminée, il est sous-entendu que l'agent doit connaître la victime. La condition de représentation du tiers dans l'esprit de l'agent est donc renforcée par l'exigence d'un dol spécial, que nous préciserons ultérieurement.

193. **Connaissance minimum de l'existence du tiers.** Cela étant dit, des précisions doivent être apportées concernant cette représentation de la victime par l'agent. Il semble que l'usurpateur doive simplement connaître de près ou de loin sa victime. Peu importe qu'il ne la connaisse pas personnellement, il suffit qu'il ait conscience que les éléments identificatoires sont ceux d'un tiers existant. En effet, l'usurpateur ou l'utilisateur doit pouvoir se représenter au minimum la personne dont il aura usurpé l'identité ou utilisé les données. Si tel n'est pas le cas, ne saurait être caractérisée l'infraction, étant entendue la bonne foi de l'accusé.

194. **Exemple jurisprudentiel : Arrêt du 17 février 2016.** À ce titre, il est intéressant de

revenir sur l'arrêt précédemment cité du 17 février 2016³⁶⁸ relatif au prévenu ayant appris que l'identité qu'il utilisait depuis toujours n'était pas la sienne. Les décisions ne donnent pas tant d'éléments quant aux faits, et il est simplement évoqué que le prévenu continuait à utiliser l'identité attribuée par son soi-disant père, après avoir appris son absence de filiation avec ceux qu'il croyait être ses parents. Les juges du fond s'étaient alors appuyés sur le fait qu'à partir du moment où le prévenu avait su que ses « parents » n'étaient pas ses parents biologiques, il agissait de mauvaise foi en continuant à s'appeler par son nom.

Or, l'infraction d'usurpation d'identité n'est pas simplement un comportement d'utilisation ou d'attribution d'une fausse identité mais une **appropriation par l'agent lui-même**, pour soi, de l'identité d'un autre. Deux situations sont alors envisageables : soit le prévenu savait simplement que son identité n'était pas légalement admise, soit il connaissait l'existence d'un autre sous cette identité.

195. *L'identité non légalement admise.* Si le prévenu savait seulement que son identité n'était pas la sienne, la Haute Cour doit être félicitée quant à l'appréciation de la qualification des faits. Peu importe que le prévenu continue de se faire appeler ainsi, en ayant simplement connaissance que son identité n'était pas légalement admise. Dans ce cas, le prévenu ne s'approprie aucunement l'identité d'un autre et n'en a pas la volonté. Il s'agit en réalité d'une autre infraction : le fait de déclarer une identité qu'on sait ne pas être légalement la sienne, réprimé par les articles 423-19 et 441-6 du Code pénal pour sanctionner le mensonge sur le nom.

L'arrêt n'y faisant pas référence, la Haute Cour peut être toutefois critiquée sur ce point. Comme le relève M. le Professeur DREYER, « légitimer une telle solution suppose d'admettre que le prévenu avait le droit de conserver l'usage d'un nom qui lui avait été donné de façon abusive »³⁶⁹.

Cette solution semble aller dans le sens d'une protection non pas de l'identité mais plutôt du sentiment d'identité. Chacun perçoit que l'attribution d'un nom, d'un prénom – même réalisée dans le cadre d'un mensonge par un « faux » parent - joue un rôle décisif dans la constitution

³⁶⁸Cass. crim., 17 févr. 2016, B. crim. n° 54.

³⁶⁹E. DREYER, *Usurpation d'identité : il n'y a pas délit si l'abuseur était le premier abusé*, op. cit., p. 59. Le professeur remarque justement qu'« il existe ici un acte positif accompli sciemment. Légitimer une telle solution suppose d'admettre que le prévenu avait le droit de conserver l'usage d'un nom qui lui avait été donné de façon abusive. [...] Il est ainsi blanchi de tout reproche alors que le véritable titulaire du nom est contraint de subir une coexistence qui peut se révéler embarrassante au quotidien. [...] Le nouveau délit d'usurpation d'identité sur lequel certains fondaient beaucoup d'espoirs commence ainsi bien mal sa carrière juridique ».

du sentiment d'identité. Cela étant, cet argument ne doit pas être trop largement interprété. Le droit pénal doit se préoccuper de l'identification exacte des individus entre eux et réprimer des comportements qui peuvent porter atteinte à la personnalité de la personne d'autrui. Tout dépend donc de l'agent, s'il connaissait ou non l'existence d'un tiers portant le nom litigieux.

196. *Représentation de l'identité d'un autre.* Toute autre est l'hypothèse dans laquelle le prévenu sait que l'identité dont il se prévaut est celle d'un autre. Connaître l'existence d'un tiers sous ce nom revient à pouvoir se le représenter et la solution doit dans ce cas être analysée différemment. Et le raisonnement de la cour d'Aix-en-Provence n'est pas inintéressant, même s'il est insuffisant, selon nous.

Même si le prévenu ne s'est pas initialement emparé du nom d'un autre, en sachant non seulement que ce n'est pas son identité mais aussi qu'elle est attribuée à un autre existant et vivant, il effectue de fait une appropriation de l'identité d'autrui. A partir du moment où il a pu se représenter le tiers titulaire de l'identité, il a bien commis une usurpation d'identité au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal. Par cette appropriation, il nie l'existence de celui-ci par un acte positif personnel. Il confond volontairement son identité à celle d'un autre. On peut cependant lui reconnaître qu'il n'avait pas l'intention particulière de porter préjudice à autrui³⁷⁰.

197. *Nuance de l'arrêt d'espèce.* Il faut noter, malgré ces remarques, que l'arrêt de 2016 est un cas particulier dans la mesure où le prévenu s'est toujours fait appeler ainsi et ne semblait pas avoir su que l'identité qu'il utilisait était celle d'un autre mais simplement que son identité ne pouvait être celle légalement admise, par absence de filiation³⁷¹. Cela étant, cette solution récente nous permet incontestablement de mieux comprendre l'incrimination prévue à l'article 226-4-1 du Code pénal. Peu importe l'origine de l'attribution initiale de l'identité, ce qui importe surtout est la connaissance par l'agent de l'existence d'un tiers sous un tel nom. **L'appropriation**

³⁷⁰Insistons sur le fait que ce nom paraissait participer intimement depuis toujours de son sentiment d'identité. Ainsi, il est possible de considérer que, lorsque le prévenu utilisait le nom litigieux, il gardait la profonde conviction qu'il présentait son propre élément d'identité. Ce n'est pas parce qu'il savait qu'il s'agissait du nom d'un autre qu'il ne pouvait pas continuer de croire que ce nom constituait un élément de son identité.

³⁷¹D'ailleurs, M. E. DREYER considère que « c'est la défaillance des services sociaux qui mérite d'être soulignée en l'espèce. Si on ne peut reprocher au prévenu, sous couvert des différentes infractions servant de base à la poursuite, de ne pas avoir sollicité les services de l'état civil pour régulariser sa situation, on peut regretter que l'autorité publique n'ait pas pris cette initiative après avoir découvert l'usurpation d'identité imputable aux faux parents. Mais cette difficulté-là ne relevait pas du droit pénal. La haute juridiction a sans doute considéré que les sanctions encourues ne permettraient pas de la résoudre » (E. DREYER, *Usurpation d'identité : il n'y a pas délit si l'abuseur était le premier abusé*, op. cit., p. 59).

illicite ne saurait exister si l'attribution est seulement extrinsèque et fortuite³⁷². Il restera au prévenu de prouver qu'il était de bonne foi lorsqu'il a utilisé l'identité qu'il savait être simplement fausse.

Ces différentes réflexions autour de l'incrimination nous permettent à présent d'en tirer des conséquences quant à notre concept d'imitation.

3) *L'usurpation d'identité conçue comme un comportement d'imitation unilatérale*

198. ***Usurpation d'identité et imitation.*** L'infraction prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal prévoit deux comportements distincts mais qui peuvent parfois s'avérer complémentaires. D'une part, le législateur a voulu réprimer « le fait de se faire passer pour un autrui » par l'utilisation du terme « usurper »³⁷³, comme le relève justement le Professeur LEPAGE. D'autre part, par le terme « utilisation », l'incrimination trouve un champ d'application plus large. En effet, nous avons vu que la jurisprudence sanctionnait sous le chef d'usage la simple citation de l'identité et de données permettant l'identification d'une personne³⁷⁴. La circulaire du garde des Sceaux du 28 juillet 2011 relative à la présentation des dispositions du droit pénal général et de procédure pénale générale de la loi LOPPSI II³⁷⁵ allait d'ailleurs dans ce sens : « le fait par exemple de participer à un forum internet en diffusant le numéro de téléphone d'une personne et en incitant les autres participants à contacter ce numéro sera constitutif du délit nouvellement créé ». Il ne s'agit pas ici d'une usurpation d'identité mais d'une simple utilisation de données identificatoires³⁷⁶. Ainsi, le comportement d'utilisation ne renvoie pas nécessairement à une appropriation.

199. ***Double conséquence pour la compréhension du concept d'imitation dans le champ pénal.*** Premièrement, **l'usurpation d'identité renvoie à un comportement d'imitation unilatérale** où il s'agit pour l'imitateur de « **se faire passer pour** » un autre ou « **prendre pour**

³⁷²D'autant plus que le texte impose un dol spécial qui consiste en la volonté de troubler la tranquillité d'autrui ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération.

³⁷³A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 12.

³⁷⁴Le créateur du site n'essaie en aucun cas de se faire passer pour ses « agresseurs ».

³⁷⁵Circ. 28 juillet 2011 relative à la présentation des dispositions du droit pénal général et de procédure pénale générale de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

³⁷⁶Ce comportement semble d'ailleurs correspondre à une provocation à des appels téléphoniques malveillants réitérée, prévus par l'article 222-16 du Code pénal. V. pour une étude sur la provocation à des actes d'imitation *infra* n° 1105 et s.

soi » les éléments d'identité d'un autre. Elle est une appropriation d'identité **illicite et volontaire** puisque l'usurpateur, en ayant connaissance de l'existence de la personne dont il a pris l'identité, crée une **confusion entre sa propre identité et celle d'autrui**.

Deuxièmement, **l'utilisation de données de nature à permettre une identification d'un tiers renvoie à un comportement d'imitation personnelle si et seulement si cet usage est accompli pour soi par l'imitateur**, afin d'« agir comme s'il était » l'autre.

200. *Deux comportements d'imitation différents suivant les moyens utilisés.* Plus précisément, l'imitation illicite prévue par le texte d'incrimination semble d'une nature hybride, suivant les moyens qu'elle met en œuvre.

En effet, l'agent pourra avoir usurpé l'identité et utilisé des données d'autrui sans les avoir modifiées, tel que son identité classique, ses données numéraires ou techniques, son image, sa voix enregistrés, etc. Dans ce cas alors, il accomplit une **imitation-reproduction en ayant utilisé de véritables éléments d'identification de la personne imitée** (a).

Il pourra également avoir utilisé des données ressemblantes mais présentant une forte aptitude à confondre l'identité de l'imité et celle de l'imitateur. Dans cette situation, il accomplit davantage une **imitation-simulacre en ayant utilisé des éléments d'identification non véritables** (b). Et ces deux catégories d'imitation devront être différemment appréciées.

- a) *L'utilisation de véritables éléments identificatoires : appréciation d'une imitation-reproduction dans laquelle l'aptitude à causer une méprise doit être présumée*

201. *Imitation-reproduction et création d'une apparence de la réalité.* Dans le cadre d'une **imitation-reproduction**, l'imitateur simule être autrui et crée ainsi l'illusion d'être un autre. L'identité ou les **éléments d'identification étant véritables**, l'apparence illusoire créée (d'être un autre) est parfaite en ce qu'elle renvoie à l'image du modèle. L'imitateur donne alors à son comportement une **apparence de la réalité**. Peu importe que cette apparence ait été effectivement trompeuse ou non, la **confusion d'identité étant incontestable**.

202. *Apparence illusoire trompeuse.* D'une part, l'apparence de l'imitation ne donne aucun indice extérieur ne permettant de constater la supercherie. Autrement dit, l'imitateur « se fait passer pour un autre » et/ou « agit comme s'il était lui » en créant alors une illusion de la réalité.

Ainsi peut-il s'être approprié le nom, le prénom mais également les photographies de

l'imité ou toute autre donnée et se fait passer pour celui-ci. Tel sera le cas de l'imitateur simulant être un médecin de renom, pris comme modèle, et qui pratique à ce titre la médecine. Il crée l'apparence « parfaite » d'être celui-ci.

En outre l'imitateur peut agir comme s'il était l'imité en utilisant par exemple tous ses codes d'accès, utilise ses numéros de code, etc. Une personne qui utilise, par exemple, le login et le mot de passe d'une autre pour accéder à une messagerie ou à un compte particulier, peut se comporter comme s'il était le titulaire de ces données.

Dans ces deux cas, au regard d'une personne raisonnable, peu importe l'absence ou non de méprise dans l'esprit du public, l'imitateur a effectivement causé une confusion d'identité ou d'éléments d'identification.

203. *Apparence illusoire non trompeuse.* D'autre part, une imitation peut paraître peu trompeuse dans la mesure où elle est accompagnée d'éléments extérieurs permettant de rendre plus ou moins compte de la supercherie. Par exemple, dans la décision du tribunal de Paris précité du 24 mars 2015³⁷⁷, les prévenus ne s'étaient pas contentés de créer un faux compte facebook au nom de la victime donnant la simple apparence de la réalité, mais ont aussi accompagné le tout, comme le relève les juges, de « termes vulgaires ». Toutefois, il est tout à fait possible que soit créée une méprise dans l'esprit d'un public raisonnable. Même si tacitement, au regard des seuls éléments extérieurs il est possible de détecter la supercherie – par les termes vulgaires et d'autodérision - le comportement présente bien une aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public. Elle doit alors être présumée dans la mesure où les éléments identificatoires usurpés et utilisés sont véritables.

204. *Présomption de l'aptitude de l'imitation-reproduction à causer une méprise.* Inhérente à l'imitation-reproduction, l'aptitude du comportement à causer une méprise dans l'esprit du public doit être **présumé de manière irréfragable**. L'imitateur ne pourra pas se défendre en invoquant l'absence d'une telle méprise. L'imitateur simule être l'imité et son intention d'imitation se constate dans la seule matérialité de l'acte, à moins qu'il prouve qu'il ne pouvait se représenter le tiers titulaire de l'identité³⁷⁸.

³⁷⁷TGI Paris, 24 mars 2015, n° RG 09/16298.

³⁷⁸Ou encore l'absence de volonté de nuire à la personne imitée. V. pour une étude du dol spécial prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal *supra* n° 210.

205. *Illustration jurisprudentielle.* Par exemple, dans la décision du 18 décembre 2014, le tribunal a constaté qu'aucun élément du site litigieux ne venait détromper l'internaute, qui y accédait, sur le caractère trompeur et parodique du site³⁷⁹. Selon les juges, « la manipulation avait permis de créer toutes les conditions pour que naisse dans l'esprit de l'internaute une confusion avec le site officiel de Mme Rachida DATI, site dont beaucoup d'éléments avaient été repris et dont aucun n'était susceptible de détromper l'internaute qui y accédait sur sa véritable nature ».

Un tel raisonnement ne nous paraît pas suffisant dans la mesure où il semble signifier que, aux côtés de l'utilisation de véritables données d'identification ; l'utilisation d'éléments susceptibles de ne pas causer une méprise dans l'esprit du public aurait pu empêcher la constatation de l'élément matériel de l'infraction. Or c'est là ne pas respecter l'esprit de la disposition.

En effet, le concepteur du site avait utilisé l'identité de la victime ainsi que des données personnelles telles que sa photographie et les signes de son parti aux côtés de phrases d'accompagnement « je vous offre un communiqué » et « merci pour ce geste citoyen ». L'internaute avait nécessairement un **risque d'être conduit à une confusion** avec le site officiel de celle-ci laissant croire que c'était la victime qui s'adressait à eux. **Peu importe alors l'absence effective de risque de confusion, dans la mesure où l'imitateur a usé de véritables éléments d'identification, la matérialité de l'acte est constatée**³⁸⁰.

C'est d'ailleurs ce qu'a relevé la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 2016 en approuvant les juges d'appel ayant considéré que « le fait que la page d'accueil du site créé [...] ne soit pas exactement similaire à celle du site [véritable de la députée maire] est indifférent à l'élément matériel du délit d'usurpation d'identité, dès lors qu'était reproduite une photographie de celle-ci, ainsi que les éléments principaux de la carte graphique de son site officiel »³⁸¹. Autrement dit, **l'utilisation de véritables éléments d'identification suffit à constater l'infraction.**

Si la méprise effective est un indice pour constater l'imitation-reproduction, la tromperie ne saurait être une condition à sa caractérisation. La seule possibilité que le jugement sur

³⁷⁹T. corr. Paris, 18 décembre 2014, n° 12010064012.

³⁸⁰Il ne semble pas que la rétractation ultérieure de l'agent puisse avoir un effet exonératoire sur le délit consommé dès le moment où le nom a été usurpé. La jurisprudence s'est prononcée sur ce point en matière de prise de nom en vue de détourner les poursuites pénales. Cette solution pourrait être admise lorsque l'imitateur a agi en vue de troubler la tranquillité d'autrui ou de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, dans la mesure où l'usurpation d'identité est instantanée, à l'image de l'article 434-23 du Code pénal.

³⁸¹Cass. crim., 16 novembre 16-80207, non publié au bulletin.

l'apparence illusoire créée par l'imitateur soit erroné suffit. Ainsi, celui-ci ne saurait se défendre en essayant de prouver que son comportement n'entraînait aucune méprise, dans la mesure où il a causé une confusion des éléments identificatoires. Il en est toutefois différemment dans une imitation-simulacre.

b) L'utilisation des éléments identificatoires ressemblants : appréciation d'une imitation-simulacre

206. **Imitation-simulacre et création d'une apparence de réalité.** Il est possible qu'un imitateur n'utilise pas directement les éléments d'identité d'une personne, mais des éléments plus subjectifs telle que la voix - pendant une communication non visuelle par exemple. Dans une telle situation, l'imitateur, par l'utilisation de moyens « non-véritables » n'est pas dans une imitation-reproduction mais entre dans une **imitation-simulacre**. Au-delà de simuler être un autre, son comportement ne renvoie à pas à la réalité modèle. Cette imitation ne renvoie pas une image parfaite mais à un simple élément représentant l'imité dont le public ne perçoit que ce qu'elle figure. L'imitateur crée alors une **apparence de réalité** - et non de la réalité -, l'élément utilisé ne pouvant pas remplacer les véritables données.

207. **Recherche d'une méprise possible dans l'esprit du public.** Dans ce cas, selon nous, les juges du fond auront alors à **vérifier si la donnée est effectivement de nature à permettre l'identification de la personne** et si une telle utilisation est **susceptible de causer une méprise dans l'esprit du public**. C'est alors seulement dans ce cas que l'imitation pourra constituer l'élément matériel de l'infraction prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal. Dans ce sens, un individu qui imite la gestuelle et la voix d'une personne de renom pour se faire passer pour elle commet bien une appropriation au sens du texte, et ne sera sanctionné que si est démontrée une intention de nuire, dernière condition imposée par le texte d'incrimination³⁸².

208. **Rareté du comportement.** Il faut toutefois noter que la seule utilisation d'une telle donnée, et donc la constatation d'une imitation-simulacre, nous semble être un comportement relativement rare dans la pratique, dans la mesure où l'imitateur sera souvent amené à utiliser

³⁸²V. *supra* n° 210.

une donnée plus objective et véritable. Nous n'avons d'ailleurs aucune illustration jurisprudentielle³⁸³. En effet, si l'imitateur est pris par le modèle par le public et approuve l'identité qu'on lui attribue, **il sort de l'imitation-simulacre pour s'inscrire dans une imitation-reproduction**. Les juges n'auront alors plus à rechercher l'aptitude de la donnée à permettre la reconnaissance de la victime et l'aptitude du comportement à créer une méprise dans l'esprit de tiers publics.

209. *Deux comportements à la matérialité distincts*. Ainsi, l'usurpation d'identité est toujours un comportement d'imitation alors que l'utilisation de données identificatoires ne le devient que si elle est faite pour soi. Toutefois, toute imitation n'est pas et n'a pas à être réprimée. Certains imitateurs en ayant d'ailleurs fait leur métier. C'est pourquoi le législateur exige justement pour la caractérisation de l'infraction prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal un dol spécial.

Paragraphe 2. L'exigence d'un dol spécial : une imitation en vue de nuire

210. *Exigence d'un dol spécial*. L'article 226-4-1 du Code pénal sanctionne l'usurpation ou l'usage de l'identité ou des données d'identification lorsque l'agent a en vue de troubler la tranquillité de la personne ou celle d'autrui ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération. Ainsi, par l'utilisation des termes « en vue de » le législateur a-t-il souhaité introduire un dol spécial à la constatation de l'infraction.

La rédaction d'une telle infraction a fait couler de l'encre dans la mesure où on craignait une censure de la liberté d'expression et de communication, notamment sur des réseaux de communication électronique. La limitation de la sanction de l'infraction par l'exigence d'un dol spécial semble permettre un équilibre entre usurpation et liberté d'expression. L'arrêt du 16 novembre 2016 précise dans ce sens que l'infraction d'usurpation de l'identité d'un tiers en vue de porter atteinte à son honneur ou sa considération est une « infraction exclusive de

³⁸³Nous avons recensé un arrêt de la chambre criminelle du 28 janvier 2014. En l'espèce, un individu a transformé sa voix au téléphone afin de se faire passer pour un commissaire de police et communiquer avec un juge d'instruction qui avait l'habitude de traiter avec ce dernier. Les faits ressemblent ainsi à une imitation de personne, avec utilisation d'une donnée subjective – la voix du capitaine. Toutefois, l'agent a également utilisé le nom de ce dernier, afin de se faire transmettre l'appel. Cela étant dit, c'est l'article 433-17 du Code pénal, sanctionnant l'usurpation de titre, qui a été appliqué. L'utilisation du nom ayant implicitement permis l'usage de la qualité attachée à ce policier (Crim 28 janv. 2014, n° 12-84425, non publié au bulletin). Ainsi s'agissait-il d'une autre catégorie d'imitation. V. *infra* n° 405.

l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁸⁴.

211. *Nécessité de l'exigence du dol spécial.* Le Professeur LEPAGE remarque que l'usurpation « constitue déjà en soi une atteinte à la personnalité, indépendamment de tout objectif de trouble de sa tranquillité ou d'atteinte à l'honneur »³⁸⁵. Cependant, ce serait là comprendre la tranquillité comme la jouissance paisible de ses éléments d'identité³⁸⁶. Une telle considération amènerait alors à sanctionner toutes les usurpations d'identité, l'élément matériel se confondant avec l'élément intentionnel. On pense notamment au consentement donné par l'imité à l'imitateur de pouvoir utiliser son identité ou ses données³⁸⁷, ou encore pour des envies de parodies, etc. L'incrimination se voit alors justement restreinte dans son application.

Toute imitation ne serait être sanctionnée. La seule volonté de l'agent de créer une apparence de la ou d'une réalité par l'usurpation d'identité ou l'usage de données d'identification est insuffisant à la caractérisation de l'infraction. Ce qui signifie que la conscience de l'imitateur de créer une apparence par ses actes ne suffit pas à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction. Encore faudra-t-il démontrer sa volonté de parvenir à un résultat déterminé : ici, la volonté de troubler la tranquillité d'autrui ou porter atteinte à son honneur ou à sa considération.

212. *Division du dol spécial.* Le législateur a choisi de diviser le dol spécial en deux : le trouble à la tranquillité de la personne victime de l'imitation ou celle d'autrui (A) et l'atteinte à sa considération ou son honneur (B). Si la jurisprudence ne s'est pas tant prononcée sur l'élément intentionnel, il est possible de se référer à d'autres incriminations imposant également de telles atteintes³⁸⁸.

³⁸⁴Cass. crim., 16 novembre 2016, préc. V. sur ce point A. LEPAGE, *Usurpation d'identité caractérisée par la création d'un faux site Internet*, Comm. com. électr. 2017, comm. 6 : « Aussi ambiguë qu'elle puisse paraître, cette formule doit, semble-t-il, être comprise comme signifiant que l'infraction ne saurait être justifiée par l'invocation du principe de la liberté d'expression ». Cet arrêt semble donc limiter l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qui nous questionne quant à la proportionnalité entre la mesure incriminée et les buts légitimement poursuivis. (V. en matière d'offense au chef de l'Etat, CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, n° 26118/10, s'agissant de la condamnation de la France par la Cour européenne). L'usurpation d'identité entraînant une confusion d'identité, il n'est pas *a priori* question pour l'usurpateur d'informer le public. Cette infraction ne semble donc pas être comprise parmi les infractions d'intérêt général.

³⁸⁵A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 19.

³⁸⁶V. sur ce point, P. MOURON, *L'identité virtuelle et le droit « sur » l'identité*, RLDI n° 64, octobre 2010, p. 59. L'auteur soulève justement que cette considération entraînerait une appréciation large de l'élément intentionnel ; toutes les usurpations « autonomes », seraient alors sanctionnées, indépendamment de leur effet sur la personne.

³⁸⁷En effet, il est possible d'imaginer, et notamment dans le cadre professionnel, qu'une personne « prête » ses éléments d'identité et donne donc son consentement à leur utilisation. Une telle situation ne semble pas être visée par l'esprit du texte, à moins que l'utilisateur agisse en vue de nuire au titulaire de la donnée identificatoire.

On comprend alors la restriction du champ d'application du texte.

³⁸⁸V. en ce sens A. LEPAGE, op. cit., n° 5 et s.

Il faut noter que le dol spécial s'applique pour le comportement d'usurpation et celui d'usage. Cela étant, nous nous concentrerons ici sur les infractions relevant de l'imitation.

A. Le trouble à la tranquillité de la victime ou celle d'un tiers par l'imitateur

213. **Trouble à la tranquillité.** Le premier élément du dol spécial est le trouble à la tranquillité de la victime de l'usurpation d'identité ou de l'utilisation des données d'identification ou encore celle d'autrui. Selon CORNU, le trouble est « l'atteinte à l'exercice d'un droit individuel »³⁸⁹. Mais que devons-nous entendre par tranquillité ? D'autant plus que le législateur a prévu de réprimer l'usurpation ou l'usage en vue de troubler la tranquillité d'un tiers autre que la victime de l'imitation.

214. **Tranquillité du tiers titulaire de la donnée identificatoire.** Le texte ne définit pas ce qu'il faut entendre par « tranquillité ». Ce qui a été notamment critiqué lors des discussions du projet de loi dans la mesure où le manque de précisions pouvait amener à une interprétation peut-être trop extensive et notamment « générer une insécurité juridique préjudiciable à la liberté d'expression sur les réseaux de communication »³⁹⁰. Il semble donc qu'il faille rechercher ailleurs ce que l'on peut entendre par « trouble à la tranquillité ». Le Littré définit la tranquillité comme l'état de quelqu'un qui est sans agitation, sans inquiétude, qui n'est pas dérangé³⁹¹.

Dans le Code pénal, on retrouve cette référence à la tranquillité d'autrui notamment aux articles 222-16³⁹² du Code pénal en matière d'appels téléphoniques ou d'envoi de messages malveillants et R. 623-2³⁹³ du même Code en matière de bruits et tapages troublant la tranquillité d'autrui.

L'infraction prévue par l'article 222-16 est comptée parmi les atteintes à l'intégrité physique et psychique de l'individu, ce qui indirectement cause une atteinte à la vie privée. Elle

³⁸⁹G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Tranquillité.

³⁹⁰V. Amendement n° 34, présenté le 8 février 2010, notamment par M. P. BRAOUEZAC, M. N. MAMERE, M. M. VAXES (rejeté).

³⁹¹E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873, V° Tranquillité.

³⁹²Art. 222-16 C. pén. : « Les appels téléphoniques malveillants réitérés, les envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

³⁹³Art. R. 623-2 C. pén. : « Les bruits ou tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 3^{ème} classe. Les personnes coupables des contraventions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction. Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des contraventions prévues au présent article est puni des mêmes peines ».

prévoit ainsi de réprimer l'appel, l'envoi de message ou toute agression sonore en vue de troubler la tranquillité d'un autre. La deuxième infraction prévoit de réprimer les bruits et tapages nocturnes ou injurieux troublant la tranquillité d'autrui.

Si la première incrimination est une infraction formelle n'exigeant pas de trouble effectif à la tranquillité la seconde est une infraction matérielle qui impose au contraire la constatation d'un tel trouble. Or l'infraction 226-4-1 du Code pénal est une infraction formelle, puisqu'aucun trouble effectif n'est imposé. Ainsi, elle se rapproche davantage de l'incrimination prévue par l'article 222-16 du même Code. D'autant plus qu'il faut relever qu'initialement l'incrimination d'usurpation d'identité devait trouver sa place au côté de l'article 222-16³⁹⁴, et c'est donc au travers de cette dernière infraction que l'on peut comprendre l'infraction qui nous intéresse ici. S'il est nécessaire d'établir l'intention particulière de l'imitateur, il n'est pas nécessaire d'établir l'effectivité du trouble.

215. *Établissement de l'intention particulière.* Au-delà de démontrer la volonté et la conscience des actes accomplis par l'imitateur – une appropriation illicite et volontaire de l'identité d'un tiers représenté –, il devra être démontré un but déterminé recherché par ce dernier, à savoir, le trouble à la tranquillité du tiers. Le législateur impose donc un état d'esprit particulier : celui de déranger la victime dans sa quiétude.

Dans la décision du 24 mars 2015 précitée, le tribunal de grande instance a considéré que la mise en ligne de photographies accompagnées de termes vulgaires démontrait la volonté de troubler la tranquillité des victimes³⁹⁵. L'existence d'une intention de nuire chez les prévenus était incontestable. Et peu importe qu'ils aient agi pour se venger, le mobile étant indifférent. L'article 226-4-1 du Code pénal n'impose que la volonté de troubler la tranquillité d'autrui.

Par ailleurs, ne saurait être un moyen de défense le fait que la tranquillité ait été troublée également par le fait d'autres personnes que celui qui aura été à l'initiative de l'acte d'usurpation ou d'usage, comme dans l'arrêt du 16 novembre 2016. Dans l'affaire du faux site de la garde des sceaux, le prévenu avait essayé de se défendre en considérant que les communiqués étaient le fait d'internautes autres que lui, internautes non identifiés. Or comme le relève la chambre criminelle de la Cour de cassation, il importe peu que « le prévenu soit ou non l'auteur des messages diffusés puisque n'est pas incriminée leur rédaction, mais la seule possibilité de les

³⁹⁴Ce qui explique d'ailleurs pourquoi, à l'origine, l'usurpation d'identité était entendue comme une infraction imposant une réitération, à l'image de l'article 222-16 du Code pénal.

³⁹⁵TGI Paris, 24 mars 2015, préc.

mettre en ligne de façon contrefaisante »³⁹⁶. C'est pourquoi la Haute Cour a approuvé les juges du fond d'avoir constaté l'intention du prévenu du fait que le site fictif encouragé les internautes « à user de ce support par des messages apocryphes qui, soit obscènes, soit contenant des affirmations politiques manifestement contraires aux options de l'élue du X^{ème} arrondissement » de nature soit à troubler sa tranquillité, soit à porter atteinte à son honneur et à sa considération.

216. ***L'absence de l'établissement de la réalité du trouble.*** L'infraction prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal est une infraction formelle. Autrement dit, la tranquillité de la victime dont l'identité ou les éléments d'identification auront été respectivement usurpée ou utilisés n'a pas à être effectivement troublée. Peu importe alors la survenance du résultat. Et *a fortiori*, il est accessoire que les actes aient produit un autre résultat que le trouble à la tranquillité. Ce qui importe est l'intention particulière de l'agent. L'infraction se réalise indépendamment du résultat, même si en pratique, la tranquillité est effectivement constatée par les juges. Cela étant, il ne saurait être justifié de partir de la constatation d'un trouble effectif pour en déduire l'intention particulière. Il faut bien rechercher celle-ci au travers du comportement de l'agent - et non le résultat de celui-ci.

217. ***Tranquillité d'autrui autre que la victime.*** En outre, le législateur a également considéré que l'agent pouvait avoir voulu troubler la tranquillité d'un tiers autre que la victime de l'illusion créée par l'imitateur ou le simple utilisateur. Ainsi vise-t-il non seulement la quiétude de la victime mais également celle d'autrui. Comment doit-on alors entendre le tiers ? M. Eric CIOTTI³⁹⁷ donnait ainsi un exemple : « l'envoi [...] par un individu A de courriels censés être envoyés par un individu B dans le but de troubler la tranquillité d'individus C et D qui reçoivent ces courriels ». M. Eric CIOTTI semble ici faire référence à la méprise éventuellement causée dans l'esprit du public. Toutefois, quelques précisions doivent être apportées.

En effet, probablement l'imitateur cherche à créer un doute dans l'esprit des tiers. Cela étant, la volonté de troubler la tranquillité de la victime ne doit pas être déduite de la méprise causée chez ces derniers. L'éventuel doute créé n'est qu'une conséquence du comportement

³⁹⁶Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 16-80207, préc.

³⁹⁷Rapp. n° 2271 du 27 janvier 2010 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

d'imitation – qu'elle soit reproduction, par l'utilisation de vrais éléments identificatoires, ou simulacre, par l'utilisation d'éléments identificatoires suffisamment ressemblants - mais qui, selon nous, n'implique pas nécessairement une intention de nuire. Autrement dit, l'usurpation de l'identité ou l'utilisation de données identificatoires – causant ou non une méprise - ne sauraient suffire, il faut démontrer au-delà de ce comportement une réelle volonté d'atteindre la tranquillité d'une personne. Il faudra alors que les juges pénaux apprécient effectivement l'intention qui animait l'agent d'un tel trouble.

218. **Dédoublement des victimes.** La rédaction du texte d'incrimination montre qu'il importe peu le « dédoublement »³⁹⁸ possible de victimes de l'acte – titulaire des données/tiers -, du moment qu'il a eu la volonté de troubler la tranquillité de l'une ou de l'autre. L'agent peut même avoir eu la volonté de troubler à la fois la tranquillité de la victime de l'usurpation et celle d'un ou de tiers.

En outre, l'imitateur peut également avoir eu l'intention d'atteindre l'honneur ou la considération de la victime imitée.

B. L'atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime

219. **L'honneur ou la considération d'une personne.** Selon Le Littré, l'honneur renvoie au sentiment de sa dignité, sa réputation et la considération de soi-même et des autres³⁹⁹. On retrouve la notion d'honneur et de considération dans différents textes législatifs. D'une part, prise seule, la considération est notamment prévue par l'article 226-22 du Code pénal⁴⁰⁰. D'autre part, l'honneur et la considération sont notamment visés dans le même Code, par les articles 132-76⁴⁰¹ et l'article 312-10 en matière de chantage⁴⁰². Par ailleurs, l'article 29 de la loi du 29

³⁹⁸Expression empruntée à A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 19.

³⁹⁹E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873, V° Honneur.

⁴⁰⁰Art. 226-22, alinéa 1, C. pén. : « Le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».

⁴⁰¹Art. 132-76 C. pén. : « Est puni un crime ou un délit « précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons ».

⁴⁰²Art. 312-10, alinéa 1, C. pén. : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une

juillet 1881 sur la liberté de la presse⁴⁰³ réprime la diffamation qui est le fait d'alléguer ou imputer des faits portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne.

Le contenu du message attribué à la victime de l'usurpation va être un indice à la volonté d'une telle atteinte. Tel était le cas dans la décision du tribunal de grande instance de Paris précédemment étudié du 24 mars 2015⁴⁰⁴, les individus ayant fait tenir des propos injurieux et diffamants pour leur personne aux victimes.

220. Nécessité de démontrer l'intention. Comme pour la tranquillité, il n'est pas nécessaire de démontrer une atteinte effective à l'honneur ou à la considération mais l'intention de cette atteinte. Notons que souvent l'agent démontrera une telle intention à l'égard à la fois de la tranquillité d'autrui et de sa considération et/ou son honneur.

Dans l'affaire du faux site de la garde des sceaux⁴⁰⁵, d'une part, la fausse plateforme internet laissait la possibilité aux internautes de s'exprimer à proximité d'une mention « groupe PIPE » au lieu de celle « groupe PPE », permettant d'orienter d'une façon non équivoque la nature des messages laissés par les rédacteurs. D'autre part, l'auteur de l'usurpation en adressant à ses 4000 contacts sur twitter ne cachait pas son intention⁴⁰⁶. Le but poursuivi paraît alors incontestablement celui de compromettre l'honneur et la considération de la victime, peu importe qu'elle ait été engendrée par des tiers internautes. Par ailleurs, les juges ont relevé que le prévenu, créateur du site, n'avait pas empêché, tenté d'empêcher de fermer le site, ni même retirer les commentaires litigieux. Ce qui confortait sa volonté de porter atteinte à la réputation et de troubler la tranquillité de la victime. Autrement dit, l'imitateur a réellement voulu ce trouble d'autant plus qu'il n'a rien fait pour l'empêcher⁴⁰⁷.

renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

⁴⁰³ Art. 29, alinéa 1, L. 29 juillet 1881 : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non-expressément nommé, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ».

⁴⁰⁴ TGI Paris, 24 mars 2015, préc.

⁴⁰⁵ V. *supra* n° 205.

⁴⁰⁶ Ces contacts ont d'ailleurs pu eux-mêmes diffuser l'information à leurs propres contacts et ainsi permettre une « publicité » sur les réseaux sociaux.

⁴⁰⁷ Un tel argument ne doit toutefois pas être largement interprété. En effet, l'usurpation d'identité est entendue comme une infraction instantanée, la condition originelle de réitération ayant été supprimée. Ainsi, le seul fait de revenir sur son utilisation n'efface pas le caractère illicite du comportement de l'agent. Tout au plus, il constitue éventuellement une tentative d'usurpation d'identité. Le législateur a expressément prévu à l'article 226-5 du Code pénal de punir la tentative de l'usurpation d'identité ou de l'utilisation de données de toute nature permettant d'identifier un tiers. Ainsi, celui qui a été empêché de troubler la tranquillité d'autrui alors qu'il essayait d'utiliser les données d'identification et/ou d'usurper l'identité d'un tiers peut être sanctionné pour

Toutefois, il faut remarquer qu'une fois que l'agent a usurpé l'identité ou utilisé les données d'identification de la victime en vue de troubler sa tranquillité ou de porter atteinte son honneur ou à sa considération, l'infraction est caractérisée étant donné son instantanéité. Le simple fait qu'il ait tenté d'empêcher la propagation de commentaires portant atteinte à l'honneur ou à la considération démontre plus fortement, ici, la volonté de cette atteinte, du moment qu'il a démontré *a priori* une telle intention particulière. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'opinion du public à l'égard de la victime imitée⁴⁰⁸.

221. **Indifférence du mobile.** Enfin, peu importe le mobile de l'imitateur dans la mesure où il a agi dans la volonté de troubler la tranquillité ou de porter atteinte à l'honneur ou à la considération.

Peu importe que l'agent ait agi par humour, parodie ou encore par vengeance. Dans l'affaire du faux site de Mme Rachida DATI, les juges ont justement relevé qu'« il est de principe que le mobile est inopérant en matière pénale, quand bien même le délit aurait été commis par plaisanterie »⁴⁰⁹. Ainsi, peu importe que les prévenus agissent seulement en vue de « faire rire » en créant un site humoristique, parodique et satirique. **Il nie l'existence de la victime en se prenant pour lui**⁴¹⁰.

222. **Pour conclure sur l'usurpation d'identité.** L'article 226-4-1 du Code pénal ne relève pas entièrement de la répression de l'imitation dans la mesure où le législateur a prévu deux actes matériels distincts. Le premier comportement réprimé, à savoir **l'usurpation d'identité**, a effectivement pour objectif de « **se faire passer pour autrui** » par la création d'une illusion en vue de lui nuire, dans la mesure où il se sera représenté celui-ci, et il est sanctionné quelle

tentative.

⁴⁰⁸On peut remarquer qu'en matière de diffamation, la Cour de cassation considère que « les lois qui prohibent et protègent la diffamation protègent tous les individus sans prévoir aucun cas d'exclusion fondé sur de tels éléments » (Cass. crim., 7 novembre 1989, B. crim. n° 403).

⁴⁰⁹TGI Paris, 24 mars 2015, préc.

⁴¹⁰A ce titre, la personne dont l'identité aura été usurpée, c'est-à-dire qui aura servi de modèle, ainsi que celle qui aura souffert du comportement d'imitation – le « tiers » prévu par l'article 226-4-1 du Code pénal – pourra exercer une action civile. Et il en sera de même pour l'article 434-23 du même code. Toute personne, imitée au travers de ses éléments d'identité ou d'identification sans avoir donné son consentement, subit un dommage directement causé par l'appropriation frauduleuse, qu'il soit de nature moral mais également matériel. De plus, il est possible que les infractions d'imitation entraînent un dommage pour une ou plusieurs personnes autres que l'imité. Les infractions étant formelles, le tiers non imité devra démontrer un réel dommage. Et il nous semble à ce propos que la confusion causée dans son esprit ne peut pas constituer un dommage suffisant pour caractériser un dommage réparable. En effet, une telle méprise paraît inhérente à toute imitation de personne - ou du moins l'aptitude à créer une confusion d'identité - mais elle ne saurait être un dommage personnel réel et sérieux. Au-delà d'une méprise, le tiers devra invoquer un dommage certain et personnel touchant sa personne ou son patrimoine. Si l'imitation de personne peut avoir pour conséquence d'entraîner des dommages au public, c'est avant tout la personne imitée qui est atteinte.

que soit l'atteinte effective à la vie privée d'autrui. Le Professeur Agathe LEPAGE relève que « l'usurpation d'identité apparaît réprimée non pas *per se* mais seulement comme vecteur de ce risque de trouble ou d'atteinte »⁴¹¹.

En revanche, le deuxième comportement ne devient un comportement d'imitation seulement lorsque l'agent utilise les éléments identificatoires d'un autre et « **agit à la place** » ou « **prend pour lui** » ces données.

L'infraction est formelle, donc aucun résultat matériel effectif d'atteinte à la vie privée n'est à rechercher. Toutefois, d'autres incriminations semblent pouvoir être caractérisées si une atteinte à la personne d'autrui est effectivement constatée - telles que les violences volontaires⁴¹² - ou si l'intention particulière d'atteinte à la vie privée n'est pas caractérisée – tel que le recueil de données à caractère personnel⁴¹³.

Ainsi les articles 434-23 et 226-4-1 du Code pénal illustrent deux manières dont le

⁴¹¹A. LEPAGE, *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, op. cit., n° 19.

⁴¹²Si un trouble à la tranquillité d'autrui est effectivement réalisé, on peut se demander si l'incrimination prévue par l'article 226-4-1 trouve toujours à s'appliquer. Le tribunal de Grande instance de Carcassonne le 16 juin 2006 a dû juger une usurpation d'identité produite sur internet mais sur le fondement des articles 222-11, 222-12, 222-44, 222-45 et 222-47 du Code Pénal relatifs aux violences volontaires (TGI Carcassonne, 16 juin 2006, n°648/2006). En l'espèce, une personne s'était inscrite sur des sites de rencontres sous le nom d'une de ses collègues et utilisait des pseudonymes quelque peu injurieux – tels que « coquine », « coquinette » ou encore « tocli ». Elle avait également donné les véritables coordonnées de la victime aux personnes invitées à la contacter après des conversations « sans équivoque ». Ce qui a ainsi entraîné de nombreux appels téléphoniques émanant d'hommes dont les attentes étaient en réponse aux conversations. Les juges ont alors relevé que la victime apparaissait sur les sites être « une femme facile, désireuse de relations sexuelles ». Ils ont considéré que la victime avait subi des violences traduit par un choc émotionnel et psychologique pour lequel une incapacité temporaire de travail d'une durée de 10 jours a été retenue. On retrouve bien ici une situation d'imitation dans la mesure où la prévenue s'est fait passer pour sa collègue, a agi comme si elle était cette dernière (notamment en diffusant des données personnelles), créant ainsi l'apparence illusoire d'être celle-ci, au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal. Or l'atteinte effective caractérise également une infraction de violences volontaires, infraction matérielle. L'article 226-4-1 du Code pénal n'étant pas encore rédigé dans l'ordonnancement juridique lorsque la décision a été rendue, l'infraction de violences a permis la sanction d'un comportement qui ne trouvait pas encore « chaussure à son pied ». Le lien entre usurpation d'identité et violences n'en est pas moins intéressant. En effet, au départ, l'incrimination d'usurpation d'identité devait se retrouver au côté de celle relative aux violences (Le jugement n'a-t-il d'ailleurs pas été à l'origine de la proposition de cet emplacement ?). Ainsi, étant donné les valeurs sociales différentes protégées par les deux textes (intégrité physique et psychique pour les violences et vie privée pour l'usurpation d'identité), il semble en réalité que puissent s'appliquer les règles de concours de qualifications.

⁴¹³Si l'intention particulière de l'imitateur est inexistante alors que l'atteinte est effective, d'autres incriminations peuvent permettre la sanction de l'agent, tel que l'article 226-22 du Code pénal qui prévoit de punir « le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir ». Il faut toutefois remarquer que ce texte pose des limites quant aux données qui sont plus restreintes que les données de nature à identifier le tiers prévues par l'article 226-4-1 du Code pénal. Par ailleurs, elles doivent avoir été recueillies à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement. Malgré tout, il ne sera pas utile de rechercher une intention particulière, si l'intimité de la vie privée de la personne ou sa considération est atteinte, l'agent pourra être poursuivi sous le coup de l'article 226-22 du Code pénal dans la limite des conditions remplies du texte.

législateur sanctionne l'imitation unilatérale d'autrui.

Depuis 1895, une loi⁴¹⁴ prévoit également sa répression dans un domaine particulier : l'art. Il ne s'agit alors pas de réprimer la reproduction de l'œuvre d'autrui, que nous étudierons dans un autre chapitre⁴¹⁵, mais d'utiliser les éléments d'identité d'un artiste à des fins illicites.

III. Une imitation de personne prévue par la loi des 9-12 février 1895 sur le faux artistique

223. *Évolution législative.* Avant la loi des 9-12 février 1895, l'usurpation d'identité en matière d'art était sanctionnée par l'application de l'article 1 de la loi du 28 juillet 1824 relative aux altérations ou supposition de noms sur les produits fabriqués⁴¹⁶ que l'on retrouve maintenant à l'article L. 217-1, alinéa 1, du Code de la consommation⁴¹⁷. L'application de cette loi en matière de faux artistique avait été justement critiquée par la doctrine dans la mesure où elle n'avait pas pour objet les œuvres d'art mais les objets fabriqués⁴¹⁸. Il s'avérait en effet impropre de considérer une œuvre d'art comme un objet fabriqué et par-là même, d'assimiler un auteur ou un artiste à un fabricant. Il était donc opportun de créer une loi spécifique à la fraude en matière artistique. Ainsi la loi des 9-12 février 1895 réprime-t-elle la fausse attribution d'une création, réalisée par des délits d'apposition de nom et d'imitation de signature. Toutefois, on peut remarquer que la jurisprudence a parfois tendance à appliquer le droit de la propriété intellectuelle à une telle situation. Ainsi, avant d'analyser le comportement sanctionné par le

⁴¹⁴L. des 9-12 juillet 1895 sur le faux artistique (Bull. des lois, 12^{ème} B. 1682, n° 29123), aussi dite loi du 9 juillet 1895.

⁴¹⁵V. *infra* n° 546.

⁴¹⁶Art. 1 L. 28 juillet 1824 : « Quiconque aura, soit apposé, soit fait apparaître, par addition, retranchement, ou par une altération quelconque, sur les objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication, sera puni des peines portées en l'article 423 du Code pénal [sanction], sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Tout marchand, commissionnaire ou débitant quelconque sera passible des effets de la poursuite, lorsqu'il aura sciemment exposé en vente ou mis en circulation les objets marqués de noms supposés ou altérés » (L. du 28 juillet 1824 Bull. Lois, 7^e S., B. 685, n° 17433) ; V. également Cass. crim., 29 novembre 1879, DP. 80, 1, 40. Le fait d'apposer le nom d'un statuaire sur des statuettes et des objets d'art qui ne sont pas son œuvre constitue le délit d'usurpation de nom prévu et puni par la loi de 1824.

⁴¹⁷Art. L. 217-1, alinéa 1, C. cons. : « Quiconque aura, soit apposé, soit fait apparaître par addition, retranchement, ou par une altération quelconque, sur les objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication, sera puni des peines prévues à l'article L. 216-9, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu ».

⁴¹⁸V. notamment sur ce point G. LYON-CAEN, *Le faux artistique*, RIDA, 1959, p. 11.

texte de la loi (Paragraphe 2), voyons les difficultés d'application qu'elle peut susciter (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Les difficultés d'application de la loi de 1895 sur le faux artistique

224. *Le faux artistique distinct d'une atteinte au droit de la propriété intellectuelle.* La loi dite « Bardoux » du 9-12 février 1895 ⁴¹⁹ relative aux faux artistiques sanctionne spécifiquement l'usurpation d'identité d'un auteur ou d'un artiste. Toujours en vigueur, elle pose cependant quelques difficultés d'application. En effet, bien que critiquée par la doctrine⁴²⁰, la jurisprudence hésite quant au fondement de la répression de la fausse attribution d'une création : soit elle applique le droit de la propriété intellectuelle, soit la loi sur le faux artistique.

225. *L'œuvre, le nom et l'artiste.* Selon l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ». Le créateur d'une œuvre artistique bénéficie ainsi d'un droit moral, le droit de paternité sur celle-ci, lui permettant d'exiger la mention de son nom ou de son pseudonyme voire de choisir l'anonymat. Le Code de la propriété intellectuelle offre plus particulièrement à l'artiste un droit au respect de son nom qui vise « le lien intrinsèque entre auteur et œuvre et ne s'étend pas à des prérogatives hors de ce rapport »⁴²¹. Ainsi protège-t-il le créateur, sa personnalité, « au travers de ses œuvres »⁴²², « et exclusivement au travers de celle-ci »⁴²³. Autrement dit, le droit de la propriété intellectuelle sanctionne spécifiquement l'appropriation de l'œuvre d'un créateur.

Or, dans la situation de fausse attribution d'une œuvre, celui auquel elle est attribuée n'a aucun lien intrinsèque avec elle. C'est le cas de l'individu qui signe ses propres créations ou celles d'un autre du nom d'un artiste, généralement plus célèbre, afin de bénéficier de la notoriété acquise par ce dernier. M. le Professeur Emmanuel DREYER précise que « c'est là notamment le critère qui permet de départager le régime du droit à la paternité et celui du droit au nom ou du faux en matière artistique »⁴²⁴. Au-delà d'être protégé en tant que droit de la

⁴¹⁹L. des 9-12 juillet 1985 sur le faux artistique, préc.

⁴²⁰H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, Paris : Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, n°413 et 424.

⁴²¹X. DAVERAT, *Le nom de l'auteur d'une œuvre de l'esprit et de l'artiste-interprète*, Droit et Patrimoine, n° 229, octobre 2013, qui rappelle que « la détermination de l'auteur et de l'artiste, bien au-delà d'une simple fonction d'identification, participe d'une véritable identité artistique ».

⁴²²Cl. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Paris : Dalloz, 9^{ème} éd., 1999, n° 141.

⁴²³E. DREYER, *Trompe-l'œil sur la fraude artistique*, D. 2001, p. 541, n° 7.

⁴²⁴E. DREYER, id., n° 7.

personnalité, le nom l'est également par l'article 1 de la loi de 9-12 février 1895⁴²⁵ qui sanctionne son appropriation. Ainsi est visée ici non pas l'œuvre d'autrui mais son identité. L'appropriation du nom en matière artistique doit donc être distinguée de l'atteinte au droit de la propriété intellectuelle.

226. **Hésitation jurisprudentielle.** Malgré cela, une partie de la jurisprudence considère encore que ce comportement porte atteinte au droit moral de l'artiste⁴²⁶. C'est dans ce sens que la cour de Paris a rendu un arrêt le 28 février 2007⁴²⁷ concernant des dessins faussement attribués à Poulbot. Les juges du fond ont considéré que l'attribution à cet auteur de la paternité de certains dessins dans l'ouvrage « Les Parisiens de Poulbot » portait atteinte au droit au respect de son nom et de son œuvre. Ce qui renvoie au Code de la propriété intellectuelle en ses articles L. 121-1 et L. 121-2, 1°. Pourtant, une telle solution paraît contestable. En effet, les dessins n'étant pas ceux de l'auteur, on perçoit mal l'atteinte au respect de son œuvre ou de son droit de divulgation⁴²⁸. Considérer ici le droit moral, c'est se livrer à une interprétation extensive du droit de la paternité en le confondant avec l'usurpation du nom, comme le révélait déjà DESBOIS en 1978⁴²⁹.

227. **Nécessité d'une distinction claire.** La jurisprudence se devrait au contraire d'établir clairement la distinction. Mme Agnès LUCAS-SCHLOETTER note d'ailleurs que « la solution est identique en droit allemand et a été expressément consacrée dans un arrêt de la Cour fédérale de justice du 8 juin 1989⁴³⁰ rendu à propos de deux aquarelles peintes dans le style du célèbre expressionniste allemand Emil NOLDE, portant sa signature mais qui, de l'avis des experts,

⁴²⁵Art. 1 loi du 9 février 1895 : « ont punis de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu : 1° Ceux qui auront apposé ou fait apparaître frauduleusement un nom usurpé sur une œuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure et de musique ; 2° Ceux qui, sur les mêmes œuvres, auront frauduleusement et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, imité sa signature ou un signe adopté par lui ».

⁴²⁶V. notamment Cass. crim., 22 mai 2002, CCE 2002. 150 ; TGI Paris, 23 novembre 1988, JCP G, I, 3433 note B. EDELMAN ; TGI Paris, 9 mai 1995, Renoir, RIDA 1996. 282.

⁴²⁷CA Paris, 28 février 2007, RIDA 2007, p. 159, obs. P. SIRINELLI.

⁴²⁸V. notamment A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : LexisNexis, 4^{ème} éd., 2012, n° 483, p. 369 ; E. DREYER, *La protection pénale du droit moral de l'auteur*, Comm. com. électr. 2007, étude 20 ; V. également moins critiques P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 6^{ème} éd., 2014, n° 193, p. 234 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, Paris : Economica, 2^{ème} éd., 2014, n° 629, p. 417.

⁴²⁹V. sur ce point H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 413, p. 508.

⁴³⁰Bundesgerichtshof, 8 juin 1989, ZUM 1990, 180 (cité par A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit d'auteur - La contrefaçon artistique : état des lieux*, Comm. com. électr. n°2, février 2011, étude 3, n° 20).

n'étaient pas de la main du maître »⁴³¹.

De même, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 juillet 2000⁴³², dit Utrillo, a considéré que la fausse attribution n'était pas une atteinte au droit moral de l'artiste mais une atteinte à un droit de la personnalité de celui-ci. Cependant, quelques critiques ont été émises à propos de cette solution. En effet, pour M. le Professeur DREYER, « la décision rendue manque de limpidité »⁴³³ pour constituer un attendu de principe. La Haute Cour considère « que les juges du second degré ont pu en déduire que la mise en vente de [l'] œuvre [litigieuse], dans de telles conditions, ne constituait pas une atteinte au droit moral de l'auteur mais une atteinte à un droit de la personnalité, [mais] qu'elle ne caractérisait pas davantage l'infraction visée aux articles 1^{er} et 2 de la loi des 9-12 février 1895 [...], l'élément de fraude faisant défaut en l'espèce ». Car les conditions étaient telles que « l'inauthenticité de la signature de l'auteur avait été déclarée lors de la vente, le tableau litigieux étant présenté comme une œuvre de l'École de Paris" avec la mention : "portant une signature apocryphe de l'auteur" ». Ainsi devons-nous en conclure, *a contrario*, que l'infraction d'usurpation d'identité n'aurait été constituée que si l'œuvre avait été déclarée comme une création de l'artiste titulaire de la signature.

Pour sa part, Mme Agnès LUCAS-SCHLOETTER considère que « la solution doit certes être approuvée, [et] devrait s'appliquer, nonobstant la formulation de la Cour, indépendamment du point de savoir si le défaut d'authenticité a été ou non révélé »⁴³⁴. Deux choses sont donc à identifier dans l'arrêt : d'une part, la tromperie quant à l'authenticité de l'œuvre au regard de la signature apposée et d'autre part, l'apposition de la signature d'un auteur sur une œuvre qui n'est pas de son fait.

228. **Distinction entre faux artistique et contrefaçon selon le concept d'imitation.** Malgré ces confusions jurisprudentielles, le concept d'imitation permet de distinguer deux situations d'inauthenticité : soit l'œuvre litigieuse est une imitation de celle de l'auteur victime, soit l'œuvre incriminée n'en est pas une imitation mais est associée frauduleusement à l'artiste. Dans la première hypothèse, il s'agit d'une **contrefaçon** et le fondement est le droit d'auteur. Dans le second cas, il est possible de passer soit par la voie civile au travers de l'engagement de la

⁴³¹A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit d'auteur - La contrefaçon artistique : état des lieux*, Comm. com. électr. n°2, 2011, étude 3, n° 20.

⁴³²Cass. 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, B. civ. n° 225, RIDA 2001. 309, D. 2001. 541, note E. DREYER.

⁴³³E. DREYER, *Trompe-l'œil sur la fraude artistique*, op. cit., p. 541, n° 8.

⁴³⁴A. LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., n° 21.

responsabilité, soit par la voie pénale au travers de la loi de 1895 relative aux **faux artistiques** qui réprime expressément l'usurpation d'identité de l'auteur ou de l'artiste. Et, si la reproduction de la signature d'un créateur s'accompagne d'une copie d'une de ses productions, il y aura atteinte au droit moral par altération de l'œuvre de cet auteur : on entre aussi dans le champ de la contrefaçon en droit d'auteur⁴³⁵.

Pour DESBOIS, « quand un tiers usurpe le nom d'un auteur, c'est la réputation de cet auteur qui est frappée, non une œuvre déterminée parmi toutes celles qu'il a pu produire : par hypothèse, en effet, l'usurpateur n'a ni reproduit, ni adapté aucune création de celui dont il arbore le nom pour rehausser ses propres créations »⁴³⁶.

La loi de 1895 prend donc le relais du droit d'auteur lorsque l'œuvre de l'auteur n'est pas atteinte.

Paragraphe 2. Usurpation d'identité en matière de faux artistique

229. *Deux délits distincts portant sur un nombre limité d'œuvres artistiques.* La loi des 9-12 février 1895 relative aux faux artistiques⁴³⁷ prévoit dans son article 1 que seront punis d'une part, ceux qui auront apposé ou fait apparaître frauduleusement un **nom usurpé** sur une œuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure et de musique ; et d'autre part, ceux qui, sur les mêmes œuvres, auront frauduleusement et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, **imité sa signature** ou un signe adopté par lui.

Ainsi, le texte d'incrimination prévoit deux délits spécifiques, et il limite son **application à certaines œuvres**. Il présente cette particularité, rare en droit pénal, d'utiliser directement le terme « imitation », limité néanmoins à la description d'un seul des comportements incriminés. Il s'agira donc ici d'analyser les différents actes sanctionnés afin de déterminer en quoi ils relèvent d'un comportement d'imitation personnelle (A). Nous relèverons par la suite les lacunes que la loi semble présenter à première lecture (B).

A. Les éléments constitutifs des délits en matière de faux artistique

230. *Auteur ou artiste décédé.* Avant d'étudier les deux comportements sanctionnés par l'article 1 de la loi de 1895, il convient de préciser d'autres particularités de ce texte au regard

⁴³⁵V. *infra* n° 546.

⁴³⁶H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 424.

⁴³⁷L. du 9 février 1895 sur les fraudes en matière artistique, préc.

des usurpations d'identité précédemment analysées.

Dans les deux délits prévus par la loi relative au faux artistique, à la différence des infractions d'usurpation d'identité sanctionnées par les articles 434-23 et 226-4-1 du Code pénal, le faussaire peut avoir inscrit l'identité d'un auteur ou artiste décédé. En effet, selon l'article 4 de la loi, les délits concernent des œuvres non tombées dans le domaine public⁴³⁸. Or les œuvres tombent dans le domaine public soixante-dix ans après le décès de leur auteur selon l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle⁴³⁹.

Nous venons de voir qu'il y a bien une distinction à faire entre la protection offerte respectivement par le droit d'auteur et par le droit de la personnalité. Le premier permet la protection de l'auteur au travers de son œuvre, le second celle de l'identité même de l'auteur. Or, le droit de la personnalité d'un individu ne perdure après la mort que quelques temps, mais en aucun cas soixante-dix ans après. Un tel délai de protection peut donc paraître relativement long. Toutefois, sûrement par pragmatisme, le législateur a choisi de garder le même délai qu'en matière de droit d'auteur. Ainsi, exceptionnellement, le droit à la personnalité de l'auteur perd ses effets non pas au décès de celui-ci mais à l'expiration du délai légal⁴⁴⁰ de protection de son droit d'auteur. Ce qui se justifie notamment au regard de la matière « attaquée » par le faux - l'art - qui n'est pas instantanée. Par ailleurs, cette disposition offre une certaine protection aux ayant-droits mais également aux futurs acquéreurs des œuvres de l'artiste, ainsi qu'au marché de l'art, même si le bénéficiaire premier de la loi reste l'auteur lui-même, sa réputation et son nom d'artiste.

231. Une inscription exclusive d'autres supports. L'interprétation stricte de la loi pénale impose que l'inscription du nom usurpé soit visible sur l'œuvre, à l'exclusion d'autres supports qui n'auraient qu'une finalité de présentation. M. Pierre HENAFF remarque justement que le cartel d'exposition ou la mention dans un catalogue de vente ne sauraient être considérés comme des appositions de nom au sens de la loi Bardoux⁴⁴¹. De même, ne constituerait pas non plus

⁴³⁸V. par ex. Cass. crim., 3 octobre 2012, B. crim. n° 210, concernant une apposition de fausses signatures sur des œuvres non encore tombées dans le domaine public.

⁴³⁹Art. L. 123-1 C. prop. int. : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

⁴⁴⁰J. KOPHLER, *Les fraudes en matière artistique et la loi du 9 février 1895*, Le droit D'auteur, organe officiel du bureau d'auteur de l'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, janvier 1896, pp.11-13, spéc. p. 12 (http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1896_01.pdf). [consulté le 14/6/2016]. L'auteur considère que cette durée n'engendre pas de sérieux inconvénients, « en raison du but à atteindre dans le cas spécial de la répression des usurpations du nom ».

⁴⁴¹P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistique*, Comm. com. élect., 2006,

l'infraction le fait d'apposer l'identité d'un auteur sur un document descriptif ou sur un support d'encadrement. Le nom inscrit sur une œuvre artistique a un « caractère absolu et définitif, [alors que] la contrefaçon de l'étiquette est infiniment plus équivoque⁴⁴² ». Une simple étiquette ou un carton ne valent qu'une « appréciation, et rien de plus » ; elle n'aurait que « la valeur d'un attribué à... »⁴⁴³.

D'autres fondements sont envisageables pour sanctionner la fausse attribution d'une œuvre dans un catalogue. En matière civile, il est possible d'appliquer les règles de la responsabilité civile et faire respecter le « droit au nom ». En matière pénale, l'acheteur peut assigner le vendeur pour escroquerie si des manœuvres frauduleuses sont démontrées, ou invoquer l'usurpation d'identité prévue à l'article 226-4-1 du Code pénal.

232. **Distinction de deux délits.** La loi des 9-12 février 1895 sur les fraudes en matière artistique vient donc sanctionner l'inscription du nom d'autrui sur une œuvre. Deux délits sont envisagés : le premier délit consiste à apposer ou à faire apparaître le nom d'un auteur ou d'un artiste sur une œuvre qui n'est pas de lui (1), le second réprime l'imitation de signature sur une œuvre (2). Il s'agira à chaque fois d'en retirer des conséquences quant au concept d'imitation, autrement dit de vérifier l'existence d'un modèle et sa représentation dans l'esprit de l'agent, un comportement d'imitation et un effet sur le public.

1) *Le fait d'apposer ou de faire apparaître un nom usurpé sur une œuvre*

233. L'apposition ou l'action de faire apparaître le nom d'un auteur sur une œuvre qu'il n'a pas produit doit être distingué de l'imitation de sa signature (a), notamment du point de vue de l'imitation (b).

a) *Des comportements différents de l'imitation de la signature ou du signe d'un créateur*

234. **Deux comportements différents.** M. Pierre HENAFF considère que lorsque l'on cherche si le nom est apposé, on cherche en fait si une signature est apposée sur l'œuvre.

étude 5, n°15.

⁴⁴²E. COPPER-ROYER, *L'art et la loi : traité des questions juridiques se référant aux artistes et aux amateurs, éditeurs et marchands d'œuvres d'art*, Paris : A. Heymann, 1903, p. 266.

⁴⁴³Ibid.

L'apposition du nom est finalement, pour cet auteur, la même chose qu'une imitation de signature, sous réserve de la distinction que l'on pourrait faire entre l'apposition (copie fidèle) et l'imitation (infidèle). Dans leur élément matériel, « les délits sont identiques et reposent donc sur la notion cruciale de signature⁴⁴⁴ ». Or nous n'adhérons pas totalement à cette analyse, trop restrictive selon nous. Car, si la différenciation des deux délits ne se justifie pas quant à leur résultat, elle se comprend en revanche quant au comportement.

235. **Le même objet : l'identité.** Ce qui semble être visé dans le premier délit est l'identité entendue au sens classique du terme en matière pénale. Ainsi, peut-il s'agir du nom – nom de famille et/ou prénom – ou encore du pseudonyme, qui ne correspond pas nécessairement au signe régulièrement adopté par l'auteur sur ses propres œuvres. Quant au deuxième délit, il vise expressément et exclusivement le nom matérialisée – la signature – ou un signe identificatoire de l'artiste, qu'il a l'habitude d'utiliser pour signifier le lien entre lui et ses œuvres – un signe choisi et « adopté par lui ». L'identité est, à première vue, entendue de manière plus restreinte dans le second délit. Toutefois, on peut considérer que l'objet des deux délits est identique. Tout au plus, on peut estimer que la signature prévue par le second délit est bien plus personnelle à l'artiste qui aura pris l'habitude d'écrire son nom sous une certaine forme.

236. **Apposer ou faire apparaître : attribuer faussement.** Quant à la matérialité de l'acte, M. HENAFF définit justement l'apposition de nom comme le fait d'inscrire le nom sur l'œuvre⁴⁴⁵. Et l'action de faire apparaître peut-être définie plus largement comme le fait de « rendre visible »⁴⁴⁶. Les deux comportements prévus par le premier délit de l'article 1 de la loi de 1895 ne semblent donc pas globalement distincts. Il s'agit simplement de rendre perceptible l'identité d'un artiste sur une œuvre qui n'est pas de lui, sans pour autant avoir imité sa signature. Dans ce sens, peu importe les moyens ou la forme utilisé pour l'apposition du nom de l'artiste, la loi

⁴⁴⁴P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques*, op. cit., n° 15.

⁴⁴⁵P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques*, op. cit., n° 15.

⁴⁴⁶E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873, V° Apparaître. Il nous semble qu'une distinction doit être faite entre l'acte de faire apparaître et celui de révéler, qui renvoie davantage au fait de révéler l'origine d'une œuvre. Or, la révélation de l'origine d'une œuvre consisterait pour une personne à inscrire le nom d'un auteur sur une des œuvres de ce dernier alors qu'il n'a pas lui-même indiqué son nom. Par exemple, un auteur abandonne son œuvre (*renoncer à ses droits d'auteurs*), une personne la récupérant fait alors apparaître l'identité de l'auteur. Il révèle l'auteur de l'œuvre, qui ne paraît pas correspondre au comportement sanctionné par la loi de 1895. Car il s'agit là d'une atteinte au droit de paternité en ne respectant pas la volonté d'anonymat de l'artiste – ou du moins sa volonté de ne pas créer de lien (direct) entre lui et sa propre œuvre. Or, la loi de 1895 s'applique seulement lorsque les œuvres n'ont pas été créées par l'auteur ou l'artiste dont l'identité aura été usurpée. Ainsi ne faut-il pas entendre le fait de faire apparaître comme le fait de révéler, mais bien celui de rendre visible une identité.

restant muette sur le procédé ou la technique. Ainsi l'agent peut-il avoir inscrit le nom ou le pseudonyme de la victime de l'usurpation ou avoir modifié une ancienne inscription de nom.

Par exemple, le faussaire peut ajouter un prénom à un nom déjà apposé sur l'œuvre afin de constituer un homonyme dans le cas d'une œuvre non signée mais partiellement identifiée. De tels comportements s'apparentent alors à une sorte de supposition ou de substitution de personne – sorte de faux intellectuel – accompagnée parfois d'une imitation d'écriture – sorte de faux matériel⁴⁴⁷. Le faussaire affirme frauduleusement que l'œuvre est de tel auteur en inscrivant le nom de ce dernier – soit par supposition, si aucun nom n'était inscrit sur l'œuvre, soit par substitution, si le faussaire substitue le nom par celui de l'auteur ou de l'artiste dont l'identité est usurpée - afin d'obtenir notamment un avantage quelconque ou encore de causer à l'inverse un désavantage pour autrui. Le résultat de ce comportement est de faussement attribuer une œuvre à un créateur dont le nom est, pour cela, usurpé.

237. **Intention.** S'agissant d'un délit, au sens de l'article 121-3 du Code pénal, l'agent doit avoir agi intentionnellement. Seul un dol général est exigé. L'individu doit avoir commis l'acte – en ayant conscience d'aller à l'encontre de la loi pénale. Aucun dol spécial n'est imposé par le texte et peu importe le mobile. Ainsi, il n'est pas question de rechercher la volonté de tromper du faussaire. Mais s'agit-il d'un comportement d'imitation ?

b) Des comportements d'imitation réprimés par la loi de 1895

238. **Comportement sans imitation.** Apposer ou faire apparaître frauduleusement le nom d'un auteur sur une œuvre ne renvoie pas forcément à un comportement d'imitation. En effet, si l'acte crée bien une illusion, il n'entraîne pas nécessairement une confusion de l'identité de l'agent de l'infraction et celle du titulaire du nom usurpé. Deux situations peuvent se présenter selon la manière dont est commis le faux artistique.

239. **Un faussaire et deux créateurs.** Si l'œuvre est créée par une autre personne que celui qui l'a faussement attribuée, le délit implique trois individus : l'artiste ou créateur qui a produit

⁴⁴⁷V. pour une compréhension du faux intellectuel et matériel, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 3 et s. ; V. également E. GARCON, *Code pénal annoté*, Paris : Sirey, 1959, art. 145-147, n° 237 : « Il y a faux matériel lorsque le faussaire falsifie physiquement une écriture [...], faux intellectuel lorsque l'écriture n'étant pas matériellement falsifiée, l'altération de la vérité porte sur le contenu, la substance, les circonstances de l'acte ».

l'œuvre litigieuse, le faussaire et le créateur dont le nom a été usurpé. Dans ce cas, l'agent de l'infraction crée une illusion puisque que le public attribue faussement une « vraie » œuvre à un « vrai » créateur - réalité attestée par son nom. Pour cela, il s'est nécessairement représenté mentalement le tiers usurpé. Toutefois, l'identité du créateur de l'œuvre n'est pas apparente. Bien plus, elle est masquée par la fausse attribution. Le mensonge commis par le faussaire ne peut donc pas provoquer de confusion d'identité, ni entre la sienne et celle du créateur usurpé, ni entre les deux créateurs. Dans cette situation, le faussaire ne se fait pas passer pour un autre, ni ne fait passer sa production pour celle d'un autre. Il usurpe le nom d'autrui pour abuser le public sur la valeur d'un objet qui n'a aucun lien avec lui-même ou l'expression de sa personnalité. Il ne s'agit pas d'une appropriation d'un élément de l'identité d'autrui pour soi, se représenter ou se présenter différemment aux yeux d'autrui.

240. *Un faussaire-créateur et un créateur usurpé.* En revanche, le faussaire peut être le créateur de l'œuvre litigieuse. Dans ce cas, l'illusion de la réalité est bien le résultat, selon nous, d'un comportement d'imitation de l'agent du délit. Plus précisément, il ne s'agit pas d'une imitation de la production d'autrui mais de **l'imitation d'une personne au travers de ses éléments d'identité**. En effet, en apposant l'identité du créateur sur sa propre œuvre, il crée aux yeux du public une confusion d'identité⁴⁴⁸. Dans ce sens, lorsqu'un créateur utilise le nom d'un autre pour l'apposer sur l'œuvre, il se fait passer pour l'artiste dont il a usurpé le nom⁴⁴⁹. Il s'approprie l'identité d'un tiers pour soi, pour se donner de la valeur aux yeux d'autrui.

Prenons l'exemple de deux artistes ayant pris chacun l'habitude de signer seulement par leurs initiales. L'un étant plus reconnu que l'autre, l'auteur moins connu aura commis l'infraction s'il inscrit derrière la toile le nom entier de l'artiste le plus reconnu. Par le biais de son œuvre faussement attribuée à un autre, il apparaît être cet autre. Dans ce cas alors, le faussaire, en utilisant les **véritables éléments d'identité d'un créateur** – l'identité classique ici –, entre dans une **imitation- reproduction** et crée une illusion en laissant croire que l'auteur dont le nom aura été usurpé a effectivement créé l'œuvre litigieuse. Il crée une **apparence de la réalité**, d'être le véritable artiste de l'œuvre.

⁴⁴⁸Nous verrons que la production d'un créateur doit être considérée comme une expression de sa personnalité. V. *infra* n° 469.

⁴⁴⁹Il est concevable de considérer possible l'imitation personnelle d'un individu décédé. Que le créateur modèle soit ou non vivant, il peut toujours être imité par un individu, simplement parce que l'imitation personnelle se définit par rapport au désir de l'imitateur. Il en serait en revanche différemment si la personne apposait ou signait d'un nom qu'il aurait inventé. Dans ce cas, il s'agirait davantage d'un pseudonyme sous couvert d'une sorte d'anonymat. Mais en aucun cas, nous y voyons une imitation d'elle dans cette dernière situation.

241. ***Infraction non-limitée à l'imitation.*** Que le faussaire soit ou non à l'origine de l'œuvre, son comportement a une forte aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public par la création d'une apparence illusoire. Cela étant, c'est seulement dans le second cas que le faussaire essaie de confondre sa propre identité à celle d'un autre.

La largesse du champ d'application se comprend dans la mesure où le délit permet de sanctionner les fausses attributions d'œuvre d'art par n'importe quel faussaire. On peut donc en déduire que cette première infraction ne renvoie pas forcément à un comportement d'imitation. Si tel est le cas, elle n'est pas une exigence légale du texte. En revanche, il en est différemment pour le second délit.

2) *Le fait d'imiter la signature ou un signe identifiant l'artiste*

242. Le second délit prévu par la loi des 9 et 12 février 1895⁴⁵⁰ sanctionne ceux qui, sur une œuvre, auront frauduleusement et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'artiste, imité sa signature ou un signe adopté par lui. Le législateur impose ici un dol spécial. Voyons donc la matérialité de l'acte (a) puis l'intention imposée pour la caractérisation de l'infraction (b).

a) *L'élément matériel de l'imitation de la signature ou du signe adopté par un créateur*

243. Avant d'analyser la matérialité de l'acte (β), il faut d'abord comprendre l'objet de protection de la loi (α).

α) La signature ou le signe adopté par un créateur : objets de l'imitation

244. ***Manifestation de l'identité de l'artiste.*** La signature comme le signe correspondent à une « manifestation formelle et matérialisée »⁴⁵¹ de l'identité de l'auteur.

245. ***La signature.*** Nous avons vu que pour authentifier un acte juridique, la signature peut

⁴⁵⁰L. du 9 février 1985 sur les fraudes en matière artistique, préc.

⁴⁵¹P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques*, op. cit., n°16

être le nom matérialisé de son titulaire ou un signe écrit. En matière de faux artistique, le législateur a choisi de différencier la signature du signe. Ce qui signifie qu'elle doit être ici entendue comme le seul nom matérialisé de l'artiste, mais sous une forme particulière habituellement adoptée par celui-ci dans l'exercice de son art.

246. **Le signe.** Le signe, quant à lui, peut être entendu encore plus largement. En effet, s'agissant des fraudes en matière artistique, et selon M. Pierre HENAFF, « en prenant tel quel le principe d'une incrimination centrée sur la signature⁴⁵², on doit admettre que la loi de 1895 est suffisamment large pour englober l'essentiel des signatures concevables pour les œuvres d'art concernées »⁴⁵³. Il peut alors s'agir du nom et prénom de l'artiste, de son pseudonyme, de ses initiales mais également de tout signe dessiné par lequel il authentifie ses œuvres ou encore d'un cachet d'atelier, d'un poinçon, d'une estampille, etc. Ainsi doit-on comprendre par signe tout élément permettant d'identifier un artiste.

Le législateur exige avant tout un « signe adopté par l'auteur », autrement dit un signe choisi par le créateur lui-même. Peu importe, semble-t-il, le réel contenu du signe – il peut même d'après nous, s'agir d'un chiffre ou d'une simple lettre – pourvu que l'artiste l'ait déjà utilisé en l'associant à ses œuvres. Autrement dit, le signe doit pouvoir permettre d'identifier le créateur d'une œuvre selon un critère d'habitude et non de notoriété⁴⁵⁴.

247. **Sanction d'une reproduction.** La seconde partie du texte sanctionne donc bien la reproduction, par l'agent, de la signature ou du signe que l'artiste a l'habitude d'apposer sur ses œuvres. L'élément matériel du délit est, comme l'indique le texte, le résultat d'un comportement d'imitation.

β) Les caractéristiques de l'imitation de la signature ou du signe identifiant un auteur

248. **Une imitation personnelle matérialisée.** Au regard du texte, M. HENAFF entend l'imitation « comme le résultat d'une reproduction infidèle de la signature ou du signe⁴⁵⁵ ». Or, c'est là considérer l'imitation uniquement d'un point de vue matériel, c'est-à-dire par

⁴⁵²L'auteur admettant un sens large la signature.

⁴⁵³P. HENAFF, id., n° 16.

⁴⁵⁴Ce critère d'habitude devrait être distingué de celui de notoriété car, en cas contraire, la loi trouverait une application limitée puisque le faussaire qui imiterait des artistes non-notoires ne serait pas sanctionné.

⁴⁵⁵P. HENAFF, op. cit., n° 15.

l'appréciation de son résultat.

Cependant, la loi de 1895⁴⁵⁶ sanctionne bien une action, « imiter », c'est-à-dire un comportement où le faussaire agit comme s'il était le créateur dont il usurpe le nom. De plus, l'imitation porte sur des éléments qui participent de l'identité du créateur - son sentiment d'être soi - et peuvent être considérés comme « la marque de [sa] personnalité ». Dans ce sens, reproduire la signature ou le signe distinctif d'un créateur, c'est l'imiter, non pas au travers de sa création mais bien au travers des éléments qui permettent de l'identifier. C'est pourquoi le terme « infidèle » employé par M. HENAFF ne nous convient pas car il revient à présumer du résultat, un comportement.

249. *Une imitation-reproduction*. Pour pouvoir reproduire la signature ou le signe habituellement adopté par le créateur, l'agent de l'infraction doit nécessairement se l'être au préalable représenté. Par ailleurs, s'agissant de copier un **véritable élément d'identité**, il entre dans une **imitation-reproduction**. Il crée l'illusion que l'œuvre présentée a été conçue par le titulaire de la signature ou du signe apposé dessus, autrement dit, une **apparence de la réalité**. En reproduisant lui-même la signature ou le signe d'un autre, il s'approprie avant tout pour soi un élément d'identité d'autrui. Si l'œuvre litigieuse n'est pas de son fait, l'illusion créée entraîne une confusion entre l'identité de celui qui l'a conçue et l'artiste usurpé. Si l'œuvre est la sienne propre, la confusion est totale entre sa propre identité et celle du créateur imité. Dans les deux cas, le faussaire se fait passer pour le détenteur (comme créateur ou simple possesseur) d'une œuvre marquée de la personnalité d'un tiers, ce qui est doublement faux (l'œuvre est fausse tout comme lui).

On comprend qu'une telle imitation présente effectivement un **risque important de causer une méprise dans l'esprit du public**. Ainsi, dans la mesure où l'agent est dans une imitation- reproduction par la copie de véritables signes ou signatures, il n'est pas utile de prouver l'aptitude de son comportement à causer une méprise dans l'esprit du public. Cette potentialité est **présumée de manière irréfragable**.

Cette imitation est nécessairement intentionnelle puisque le texte précise que le comportement de l'agent doit être commis frauduleusement. Autrement dit, il doit avoir eu la volonté de reproduire la signature ou le signe et donc d'imiter le créateur, en connaissance de cause. A la différence du premier délit, cette infraction prévoit également une intention

⁴⁵⁶L. du 9 février 1985 sur les fraudes en matière artistique, préc.

particulière, celle de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur.

b) *L'intention de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur*

250. ***Intention de l'imitateur-fausseur.*** Au-delà d'imposer un dol général, la loi impose pour ce deuxième délit un dol spécial. L'imitateur doit avoir agi dans « le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur »⁴⁵⁷. Dans ce sens, si l'élément moral n'est pas rapporté, l'imitation de la signature ne saurait être sanctionnée.

Si cette condition paraît se justifier, il est cependant contestable que le législateur ait choisi de limiter d'une part, la volonté à celle de tromper et d'autre part, à une personne trompée déterminée : « l'acheteur ».

251. ***Exigence d'une volonté de tromper.*** La volonté de tromper imposée par le texte d'incrimination signifie là encore que toute imitation ne saurait être sanctionnée. Le législateur soumet la caractérisation de l'infraction à la constatation d'un élément intentionnel particulier, qui prime sur son résultat effectif. Ce qui confirme cependant que le texte sanctionne bien un comportement d'imitation et non une répétition fortuite.

252. ***Restriction apparente du texte à l'existence d'un acheteur.*** Cette condition paraît, à première lecture, rendre la sanction de ce second délit quelque peu lacunaire. En effet, sans ce dol spécial, la rédaction en apparaîtrait presque inutile dans la mesure où il pourrait être compris dans le premier. Car inscrire le nom de l'auteur⁴⁵⁸ peut être entendu au sens large ; la signature⁴⁵⁹ étant le nom matérialisé de l'artiste. En conséquence, même si l'imitateur ne démontre pas une intention de tromper en reproduisant la signature d'un créateur, le premier délit peut être caractérisé. Cependant, on ne saurait être si catégorique dans la mesure où on ne peut totalement assimiler le signe au nom, surtout s'il présente un style très personnalisé. Et si l'agent imite le signe, la rédaction du deuxième délit trouve une utilité quant à son objet.

Il demeure que l'imitateur doit avoir la volonté de vendre l'œuvre faussement attribuée.

⁴⁵⁷ Art. 1 Loi 9 juillet 1895, préc.

⁴⁵⁸ Correspondant au premier délit. Art. 1, 1^o loi 9 juillet 1895 : « ceux qui auront apposé ou fait apparaître frauduleusement un nom usurpé sur une œuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure et de musique ».

⁴⁵⁹ Correspondant au second délit. Art. 1, 2^o loi 9 juillet 1895 : « ceux qui, sur les mêmes œuvres, auront frauduleusement et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, imité sa signature ou un signe adopté par lui ».

Qu'en est-il alors de celui qui imite la signature ou le signe d'un artiste sur une œuvre pour poursuivre une autre finalité ? Tel serait le cas par exemple, de l'imitateur qui ne compterait pas vendre l'œuvre mais simplement l'exposer dans un lieu privé voire public⁴⁶⁰. N'étant pas, *a priori*, animé d'une intention commerciale, il échapperait à toute sanction pénale. L'intention de tromper restreint donc, malgré tout, l'application du délit d'imitation de signature. D'autant plus que l'agent doit démontrer spécifiquement une volonté de tromper une personne déterminée : l'acheteur.

253. *Extension possible à un acheteur potentiel.* En effet, le législateur a limité le champ d'application de l'infraction à une volonté de tromper « l'acheteur ». Or, il nous semble qu'il ne convient pas d'assimiler l'aptitude du comportement à causer une méprise dans l'esprit du public et la volonté de tromper l'acheteur. Par exemple, celui qui imite la signature d'un artiste sur une de ses propres œuvres sans la proposer à la vente, commet bien une imitation pouvant causer une méprise ; mais ne présente pas nécessairement une intention de tromper un acheteur. L'aptitude du comportement à créer un doute est une conséquence de son imitation et non une intention particulière.

254. *Deux interprétations possibles de l'acheteur.* À partir de là, deux interprétations du terme « acheteur » dans le texte nous semblent possible, suivant l'existence ou non d'un contrat de vente, actuel ou futur.

Soit « l'acheteur » signifie le contractant d'une vente de l'œuvre faussement attribuée à l'auteur. Dans ce cas, le délit trouve un champ d'application excessivement limité - il s'agira de constater au regard des éléments extrinsèques l'intention de vendre de l'imitateur.

Soit on peut entendre par acheteur toutes les personnes qui se trouveront à un moment donné dans la position de cocontractant acheteur-acquéreur, autrement dit, un acheteur éventuel. À l'inverse ici, ce serait offrir un champ d'application plus large et extensif au délit – il s'agira alors de constater la seule intention de tromper sur la personnalité de l'auteur, susceptible de susciter une proposition d'achat de l'œuvre présentée.

255. *Interprétation retenue.* Selon nous, au regard de l'esprit de l'incrimination, le texte renvoie à un acheteur potentiel. Autrement dit, l'imitateur doit avoir simplement la conscience

⁴⁶⁰Quoique nous pourrions objecter que l'exposition publique puisse poursuivre une finalité commerciale.

que l'œuvre ainsi faussée est susceptible d'être vendue. Une telle position est en faveur du bon fonctionnement du marché de l'art qui suppose une protection élargie des œuvres artistiques.

256. *Pour conclure sur les comportements sanctionnés par la loi de 1895 et l'imitation.*

La loi sur les fraudes en matière artistique, permet donc, en son deuxième délit et pour partie du premier, de réprimer des **imitations unilatérales personnelles**, fondées sur l'usurpation de l'identité d'un créateur pour donner l'apparence de la réalité à une œuvre fausse. Elle fait de l'usurpation d'identité en matière artistique un délit autonome.

Néanmoins, elle présente des lacunes qui tendent à la proposition d'une nouvelle rédaction du texte d'incrimination.

B. Les lacunes de la loi en matière de faux artistique

257. *Lacunes de la loi relevées.* Certaines lacunes de la loi ont été relevées par la doctrine⁴⁶¹. Nous adhérons entièrement aux remarques des auteurs pour l'une d'entre elle (1), et moins pour d'autres (2). Cependant, au regard de nos différentes remarques, nous essaierons de proposer une nouvelle rédaction de l'infraction et en tirerons alors les conséquences utiles pour l'élaboration du concept d'imitation en droit pénal (3).

1) *Une lacune incontestable de la loi de 1895 tenant à la limitation des objets comme supports de l'identité protégée de l'artiste*

258. *Nécessité d'une actualisation de la liste d'œuvres protégées par la loi de 1895.* La lacune de la loi de 1895⁴⁶² la plus mentionnée par la doctrine⁴⁶³ tient à la limitation des objets protégés comme support de l'identité. Le texte législatif est précis et présente une liste exhaustive d'œuvres, sans pour autant les définir. C'est pourquoi le juge a dû intervenir quant à l'appréciation des œuvres supports d'une usurpation d'identité, tout en respectant le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale et en ne se montrant pas « trop exigeant [en remédiant

⁴⁶¹V. notamment P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques* ; V. également P. HENAFF, *Le faux artistique*, Thèse Nantes, 2005.

⁴⁶²L. du 9 février 1895 sur les fraudes en matière artistique, préc.

⁴⁶³V. notamment P. HENAFF, *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques* ; V. également P. HENAFF, *Le faux artistique*, Thèse Nantes, 2005.

aux] lacunes que le législateur n'a pas voulues »⁴⁶⁴.

En principe, les artistes seront protégés contre une usurpation d'identité sur des œuvres de peinture, sculpture, dessin ou gravure⁴⁶⁵ et musique. Et au regard du comportement réprimé – apposer, faire apparaître ou imiter un nom ou un signe - il semble qu'un support d'expression doit être constaté. Facilement concevable pour les premières, l'œuvre musicale impose de considérer son support matériel, à savoir sa partition.

259. ***Les œuvres exclues du champ de protection.*** En dehors des œuvres citées par le texte, aucune autre création n'entre dans le champ de protection de la loi de 1895. Cette dernière étant ancienne, il paraît compréhensible que certaines productions n'aient pas été, à l'époque, considérées comme « de l'art ». Cependant, il est regrettable que la loi n'ait pas, depuis lors, subi quelques modifications pour élargir la liste des objets supports, notamment pour sanctionner l'usurpation d'identité d'artistes sur des photographies ou des œuvres d'arts appliqués. Ces deux exemples nous semblent illustrer une lacune importante de la loi au regard de leur extension et de leur élévation, pour certaines productions.

- ***La photographie.*** Apparue au début du XIX^{ème} siècle, la photographie a d'abord été perçue comme une avancée scientifique et technique. Depuis, certains photographes l'ont élevée au rang d'un véritable art, par la recherche d'un esthétisme soigné et une inventivité certaine. A ce titre, le photographe devrait pouvoir prétendre à faire respecter son nom comme élément de son identité. Ainsi, le faussaire devrait être sanctionné s'il inscrit le nom ou s'il imite la signature ou le signe d'un photographe sur le négatif comme sur le développement d'une image créée par un autre.

- ***Les arts appliqués.*** Concernant les arts appliqués, M. Pierre HENAFF remarque justement que les dessins et modèles font parties des œuvres dont l'exclusion de la loi paraît surprenante⁴⁶⁶. Le législateur a surtout porté son attention aux arts plastiques, négligeant les arts appliqués comme le design mobilier développé avec l'ère industrielle. Si l'auteur tente de rapprocher ces productions particulières à la sculpture, il conclue que « cette assimilation peu

⁴⁶⁴P. HENAFF, op. cit., n° 5.

⁴⁶⁵V. Cass. crim., 28 avril 1987, n° 85-94850, non publié au bulletin. La lithographie est considérée comme une gravure.

⁴⁶⁶P. HENAFF, op. cit., n° 8.

rigoureuse, juridiquement assez artificielle, heurte le principe d'interprétation stricte »⁴⁶⁷. Par conséquent, seuls les dessins et modèles d'arts appliqués devraient entrer dans le champ de la loi, sans y inclure leurs reproductions industrielles.

- La littérature⁴⁶⁸. Par ailleurs, les œuvres littéraires sont exclues de la liste. Il en résulte que l'individu qui signe un écrit du nom d'un autre ne saurait être sanctionné pour usurpation d'identité au sens de la loi de 1895. Une telle exclusion se comprend dans la mesure où il ne s'agit non pas d'une œuvre artistique mais littéraire. Toutefois, il semble contestable que le nom des écrivains ne soit pas autant protégé aujourd'hui que celui des autres créateurs.

260. **Lacunes tenant au support de l'identité.** Ajoutons enfin qu'il paraît critiquable que la loi limite la répression à l'apposition du nom ou l'imitation de signature ou de signe sur l'œuvre elle-même. Ainsi, le faussaire n'est actuellement pas sanctionné s'il signe ou inscrit un nom à côté d'une photographie ou une toile, dans un ouvrage par exemple, dans la mesure où l'article 1 de la loi exige que l'inscription du nom soit faite « sur l'œuvre ». S'il existe d'autres incriminations permettant de sanctionner un tel comportement, une telle restriction du champ d'application ne se justifie pas. Il nous semble que l'infraction ne doit pas limiter le support de l'inscription afin de sanctionner toute attribution frauduleuse d'une œuvre à un créateur pour ce qu'elle est, une usurpation des éléments d'identité d'autrui afin de s'en approprier, par imitation, les talents ou d'en tirer profit.

D'autres lacunes de la loi sont en revanche à relativiser.

2) *La relativité de certaines lacunes de la loi de 1895*

261. **Discussions quant à l'existence de certaines lacunes.** Deux des lacunes de la loi relevées par les auteurs nous semblent discutables : l'une tenant à l'absence de protection pour les œuvres tombées dans le domaine public, l'autre à la restriction de la loi à certains comportements de fausses attributions.

262. **Absence de protection pour les œuvres tombées dans le domaine public.** M. Pierre

⁴⁶⁷Ibid.

⁴⁶⁸V. notamment sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral. Droit à la paternité. Fausse attribution d'une œuvre à un auteur. Droit de divulgation*, RTD Com. 2007, p. 352.

HENAFF considère que soustraire de la protection les artistes dont les œuvres sont tombées dans le domaine public constitue un manque de la loi de 1895⁴⁶⁹. Toutefois, il est compréhensible que le législateur ait choisi un délai de protection fixé justement au moment où expire le droit d'auteur. Par ailleurs, la loi de 1895 sanctionne l'inscription d'éléments identificatoires d'un créateur. Or le droit à la personnalité n'est pas perpétuel. Enfin, toute personne trompée sur l'authenticité d'une œuvre faussement attribuée – tel que l'acheteur – trouvera d'autres voies que celle de la loi de 1895⁴⁷⁰.

Ainsi, selon nous, il n'existe pas de réelle lacune tenant aux auteurs dont les œuvres appartiennent au domaine public. Ce que reconnaît *in fine* d'ailleurs M. HENAFF qui constate que « la preuve resterait difficile pour les œuvres anciennes, mais la preuve en matière de faux artistique est de toute façon complexe. La suppression de cette condition préalable ne changera rien en pratique aux problèmes techniques de preuves qui existent déjà et persisteront »⁴⁷¹.

263. Restriction de la loi à certains comportements de fausse attribution. Par ailleurs, selon le même auteur, il manquerait à la loi des dispositions pour réprimer les faux sans signature de l'artiste suggéré. Il considère ainsi qu'« il suffit simplement de souligner que le faussaire peut fort bien ne jamais signer le faux qu'il a créé de toutes pièces, tout en employant le style suffisamment reconnaissable d'un auteur ou en suggérant son nom par d'autres moyens que la signature. Il ne tombe pas alors sous le coup de la loi de 1895 »⁴⁷².

Toutefois, d'après nous, il ne s'agit pas là de véritables lacunes de la loi. En effet, dans le premier comportement, l'agent imite le créateur en se faisant passer pour lui au travers de sa production. En reproduisant le « style » de l'artiste, c'est bien au travers de sa production qu'il est imité et non par ses éléments d'identité. Il rompt le lien qui existe entre celui-ci et sa propre œuvre. C'est donc le droit de la propriété intellectuelle qui trouve à s'appliquer⁴⁷³. De plus, nous avons vu que le signe devrait être entendu largement⁴⁷⁴. Ainsi, le deuxième comportement est effectivement sanctionné par la loi de 1895⁴⁷⁵, à la condition d'être habituellement adopté par

⁴⁶⁹P. HENAFF, op. cit., n° 11, qui considère que « le reproche évident fait à cette disposition est qu'elle écarte de la protection de la loi la part colossale des auteurs du domaine public ». Ainsi propose-t-il la suppression de la limitation de l'incrimination aux œuvres non tombées dans le domaine public.

⁴⁷⁰On pense notamment à l'infraction d'escroquerie prévue par l'article 313-1 du Code pénal.

⁴⁷¹P. HENAFF, id., n° 12. L'auteur considère en outre que la preuve en matière de faux artistiques est, quoiqu'il en soit, complexe.

⁴⁷²P. HENAFF, id., n° 20.

⁴⁷³V. *infra* n° 466.

⁴⁷⁴V. *supra* n° 246.

⁴⁷⁵L. du 9 février 1985 sur les fraudes en matière artistique, préc.

le créateur.

Il nous semble important que le texte continue de protéger non pas des œuvres, mais l'artiste lui-même, en évitant de le voir associer à d'autres productions que les siennes. Ce n'est pas le lien entre l'artiste et son œuvre que préserve ici la loi mais sa singularité ou son identité d'artiste contre toute tentative de se faire passer ou faire prendre quelqu'un d'autre pour lui. Et ce que le concept d'imitation nous permet de comprendre, c'est que le texte sanctionne des comportements illicites où la représentation dans l'esprit de l'agent n'est pas une œuvre mais une personne, dont le nom seul évoque une capacité artistique⁴⁷⁶.

Cela étant dit, nous comprenons l'utilité d'une intervention législative pour rédiger un texte plus clair tenant à l'objet de l'attribution, au regard de certaines critiques qui ont pu être émises.

3) *Utilité d'une nouvelle rédaction de l'infraction relative à la fausse attribution d'une œuvre*

264. *Nécessité d'une modification du texte d'incrimination.* S'il ne nous semble pas utile de remettre en cause le délai de prescription, il nous semble que les autres points cités précédemment devraient être modifiés car ils génèrent des obscurités dans la loi.

265. *Protection de l'artiste ou auteur et non de la création.* D'une part, puisque la loi des 9-12 février 1895 sanctionne spécifiquement l'utilisation ou l'imitation du nom d'un auteur sur une œuvre, elle ne devrait pas se focaliser sur l'œuvre mais sur l'artiste ou l'auteur et plus généralement sur le créateur lui-même. De plus, la liste exhaustive des arts considérés comme celle des supports matériels ou immatériels d'expression imposée par la loi de 1895 est aujourd'hui désuète. Le texte devrait donc être totalement modifié et ne plus se contenter de faire mention des œuvres artistiques.

266. *Suffisance du dol général.* De plus, un dol général devrait suffire à constater l'infraction. D'abord, parce que le dol spécial met l'accent sur l'œuvre. En effet, l'intention de tromper l'acheteur, qui peut se traduire par celle de vendre l'œuvre, paraît superflue dans la

⁴⁷⁶Dans ce cas, l'auteur d'un faux artistique agit en se référant à un autre, et en cela, nous pouvons qualifier son comportement d'agir mimétique, unilatéral et illicite car effectué à l'insu de la personne usurpée. (Pour une explication de l'agir mimétique V. *supra* n° 26).

mesure où le propre de toute œuvre est de pouvoir, à un moment ou un autre, être vendue, mais avant cela de pouvoir être contemplée comme l'expression d'une personnalité. Surtout, la fausse attribution devrait être sanctionnée dès lors qu'elle engendre un préjudice à autrui d'ordre moral ou matériel – condition qui permet ainsi un équilibre entre un dol spécial trop strict et une répression qui s'exercerait en l'absence de tout dommage à autrui. Pourront ainsi subir un préjudice, l'auteur ou l'artiste à qui on aura faussement attribué une œuvre, tout comme ceux qui auront été dupes de cette fausse imputation, tels que les acheteurs de l'œuvre ou les héritiers du créateur. De même, l'auteur véritable de l'œuvre sur laquelle figure la signature ou le signe d'un autre artiste pourra s'estimer lésé. En revanche, celui qui utilise le nom d'un auteur pour sa jouissance personnelle et privée, en exposant par exemple chez lui une œuvre qu'il attribue faussement à un artiste, ne cause *a priori* aucun préjudice.

267. Proposition d'un texte d'incrimination. Ainsi, proposons-nous une ébauche d'article : **« le fait d'utiliser l'identité d'un auteur, ou tout signe de toute nature permettant de l'identifier, « pour lui imputer »⁴⁷⁷ frauduleusement et au préjudice d'autrui, une œuvre littéraire ou artistique est puni de ... ».**

Ce comportement ne relèverait alors pas exclusivement d'une imitation personnelle, bien qu'il met en jeu un agir mimétique où la référence à l'autre guide la conduite. Et pour le cas où l'utilisation comporterait une part d'imitation matérielle, ce ne serait qu'un mode opératoire. **L'imitation personnelle n'aurait pas à être démontrée.** Par contre, l'utilisation d'un « signe de toute nature permettant d'identifier l'auteur » suggère que le faussaire pourra recourir à des **vrais signes comme à des signes ressemblants**. Dans ce dernier cas alors, il conviendra toujours pour le juge **d'apprécier une imitation matérielle ou matérialisée**⁴⁷⁸.

268. Pour conclure sur les infractions d'appropriation de l'identité d'autrui. De toutes les infractions considérées dans ce chapitre, seules les usurpations d'identité prévues aux articles

⁴⁷⁷V. P. HENAFF, op. cit., n° 22. M. P. HENAFF propose également une ébauche de texte : « Le fait d'utiliser frauduleusement, notamment au préjudice d'un tiers, l'identité d'un auteur pour lui imputer une peinture, un dessin, une sculpture, une gravure, une photographie ou un objet d'art appliqué, est puni de [...] ». Toutefois, nous proposons une autre piste à suivre, dans la mesure où nous avons évoqué des remarques que nous ne partageons pas avec l'auteur. Surtout, il nous semble que limiter le texte à la protection de la seule identité empêcherait la sanction de certains faussaires, à moins de considérer largement l'identité d'un auteur. Or, nous avons vu que l'identité au sens pénal se limitait au nom de famille, au prénom et au pseudonyme (V. *supra* n° 110). Ainsi, avons-nous considéré nécessaire d'intégrer dans la proposition d'une nouvelle incrimination « tout signe de nature permettant de l'identifier ».

⁴⁷⁸Ce qui reviendra éventuellement à considérer et à apprécier le signe de l'artiste comme une de ses créations. V. la création *infra* n° 461 et s.

423-17 et 226-4-1 du Code pénal procèdent incontestablement d'un comportement d'imitation d'autrui au travers de ses éléments d'identité.

Nous ne saurions cependant nous prétendre exhaustif quant à l'étude des infractions procédant d'un comportement d'imitation de personne. En effet, nous avons relevé par exemple que l'article L. 317-4-1 du Code de la route pouvait également être considéré comme sanctionnant une infraction d'imitation.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

269. *Typologie de l'infraction d'imitation de personne.* Derrière l'analyse des infractions d'usurpation des éléments personnels d'identification se dessine une typologie de l'infraction d'imitation de personne. En effet, la plupart des incriminations d'usurpation d'identité prévues aux articles 434-23 et 226-4-1 du Code pénal mais également toutes celles qui prévoient une appropriation personnelle d'un élément d'identité présentent les caractéristiques communes d'un comportement d'imitation unilatérale d'une personne inscrit dans un contexte différent suivant l'infraction considérée. Ainsi, nous pouvons maintenant affirmer que le droit pénal prévoit spécifiquement des textes d'incriminations qui sanctionnent des comportements d'imitation personnelle.

270. *Présence des caractères de qualification d'une imitation.* En premier lieu, toutes les infractions d'usurpation d'identité présentent **les critères de qualification d'une imitation**, à savoir la création d'une illusion d'identité, par **imitation-reproduction** ou **imitation-simulacre** d'une personne existante que l'agent se représente mentalement et ce, peu importe la méprise effective causée dans l'esprit du public. En s'attribuant les éléments d'identité ou en utilisant pour lui les données d'identification d'un tiers, l'imitateur crée l'illusion plus ou moins parfaite d'être un autre que lui-même.

D'une part, entre dans une **imitation-simulacre** celui qui usurpe des éléments personnels de nature subjective, et **l'aptitude du comportement à permettre une identification erronée de leur titulaire devra être vérifiée** par le juge du fond. Il conviendra notamment d'apprécier si la copie de la donnée usurpée ressemble suffisamment à la donnée originale du modèle pour que celui-ci soit identifiable.

D'autre part, entre dans une **imitation-reproduction** celui qui usurpe de véritables éléments d'identité, et **l'aptitude du comportement à causer une méprise sera présumée de manière irréfragable**. Parce qu'il produit une **image identique à la réalité**, l'individu crée une confusion entre son identité et celle d'un autre qui ne permet plus son identification. Or, à la différence du droit civil qui se concentre plutôt sur la protection de la singularité de la personne⁴⁷⁹, le droit pénal privilégie davantage la protection de l'identification des individus.

⁴⁷⁹ Sans pour autant ne pas prendre en considération la personne. V. G. BEAUSSONIE, *Protection pénale de la vie privée*, art. 226-1 et 226-2, J.-Cl. Communication, 2016, fasc. 56, n° 15. L'auteur considère que le droit civil

271. **Imitation intentionnelle.** Par ailleurs, **toute imitation est intentionnelle**. C'est en cela que le comportement d'usurpation se distingue de la simple utilisation des données d'identification d'un tiers. L'imitation personnelle renvoie au fait de prendre pour soi, à une **appropriation personnelle et volontaire des éléments d'identité d'autrui**. Pour cela, l'imitateur devra s'être représenté le tiers usurpé. Et cette représentation sera présumée car intrinsèque au comportement, à charge pour le prévenu de bonne foi de prouver qu'il n'avait pas connaissance de l'existence d'un tiers pour être disculpé d'un comportement d'usurpation. En revanche, si l'utilisation des données personnelles d'autrui suppose également une connaissance minimum de la victime, cet acte n'est pas toujours un comportement d'imitation. L'agent de l'infraction peut utiliser ces données sans se les approprier, en annonçant explicitement qu'il n'en est pas titulaire.

Cette différence nous permet de préciser la nature de l'illusion créée par l'imitateur. La finalité d'un comportement d'imitation illicite est de provoquer une **confusion d'identité aux yeux du public**. L'imitateur cherche à « **se faire passer** » **pour un autre**. Et c'est cette intentionnalité qui distingue fondamentalement les deux comportements sanctionnés par l'article 226-4-1 du Code pénal. Si l'usurpation d'identité est toujours un comportement d'imitation, ce n'est pas le cas de l'utilisation des données personnelles d'autrui, sauf à venir renforcer la confusion créée par l'imitation. L'utilisation est alors effectuée « pour soi » et accompagne l'usurpation d'identité, dont elle constitue un moyen.

272. **Présomption irréfragable de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.** En ce qui concerne le résultat de l'infraction d'imitation, il apparaît qu'en aucun cas l'imitateur peut tenter de démontrer une absence de méprise dans l'esprit du public. Le risque de méprise est inhérent à l'imitation-reproduction, moins lorsque le comportement n'a été que simulacre ; ce qui, nous l'avons vu, est, en pratique peu probable en matière d'imitation de personne. En effet, l'infraction d'imitation personnelle consistera surtout à une imitation-reproduction dans la mesure où l'agent utilisera de véritables éléments identificatoires du modèle. Ainsi, **l'aptitude du comportement imitatif à causer un doute dans l'esprit du public peut être présumée de**

met l'accent sur les moyens qui permettent l'identification de la personne. Ainsi, selon lui, « on obtient davantage un état de la personne, « l'état civil », un statut social, qu'à proprement parler une particularisation ». Nous ne saurions être si catégorique. En effet, le droit pénal sanctionne effectivement l'utilisation de données identificatoires, mais, par l'incrimination de l'usurpation d'identité, l'individu est puni également parce qu'il a nié l'autre, en s'appropriant l'identité de ce dernier.

manière irréfragable.

273. *Toute imitation n'a pas à être réprimée.* Le législateur ne sanctionne pas toutes les imitations. C'est pourquoi il inscrit l'incrimination d'usurpation dans une circonstance particulière, celui de la nuisance causée à la personne imitée ou à une autre. Plus précisément, soit il situe l'infraction d'imitation dans un contexte objectif spécifique, à savoir le détournement des poursuites pénales contre le tiers imité ; soit il a prévu un contexte subjectif particulier, à savoir la volonté de l'imitateur d'agir en vue de troubler la tranquillité d'autrui ou de la victime ou bien de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de cette dernière. Ces conditions exonèrent les imitateurs agissant dans un cadre légal, dans l'exercice de leur profession par exemple. Dans notre législation, on ne trouve pas d'infractions qui sanctionnent l'imitation de personne *per se*. C'est parce que l'imitateur expose le modèle à des risques de dommages que son comportement d'imitation est condamnable.

274. *Les infractions d'usurpation d'identité stricto sensu : infraction d'imitation.* Ainsi, nous retiendrons que **le droit pénal ne manque pas de réprimer l'imitation unilatérale et illicite d'autrui, en lui réservant la dénomination d' « usurpation d'identité »**. La prise en compte de ce comportement n'apparaît pas tant dans la rédaction des textes d'incrimination que dans la définition doctrinale de l'usurpation et les raisonnements jurisprudentiels. **La caractérisation d'une usurpation d'identité semble en effet imposer que soient vérifiés des éléments matériels comparables aux critères d'une imitation comportementale.**

275. *Modification de l'incrimination du faux artistique.* Nous pouvons néanmoins exprimer **quelques réserves tenant à l'emploi du terme « imitation »** par les auteurs et dans les textes pénaux. En effet, limiter la notion au constat d'une ressemblance entre un élément d'identité et sa copie éventuelle par un imitateur, comme le prévoit le texte relatif au faux artistique revient à réduire le comportement à son résultat. Or, c'est bien l'intention de créer une confusion d'identité qui détermine l'action imitative dont l'objet est une personne. Dans ce sens, **les infractions d'usurpation d'identité, et lorsqu'elles ne sont pas de simple mensonge sur le nom, constituent des infractions d'imitation, dans lesquelles il ne paraît pas nécessaire d'englober le faux artistique.** En effet, nous avons vu que l'objectif de la loi des 9-12 février 1985 n'est pas de sanctionner un imitateur mais plus largement un faussaire. Au-delà d'autres lacunes, il nous semble que le législateur doit aujourd'hui trouver de nouvelles solutions en matière non pas seulement de faux artistique mais aussi de faux littéraire pour se concentrer sur

toute atteinte au nom de l'auteur ou de l'artiste. Et si c'est la personne du créateur lui-même qui est atteinte par le faussaire, les infractions d'imitation personnelle, et plus précisément l'article 226-4-1 du Code pénal, nous paraissent suffisantes pour le protéger.

276. *Sanction de l'imitation de personne à restreindre.* Il demeure que l'inscription des infractions d'imitation de personne dans des contextes délictueux bien particuliers, où prévaut l'intention de l'imitateur de créer ou risquer de créer une situation dommageable pour autrui, est cependant pertinente. En effet, **on ne saurait envisager la création d'infractions autonomes d'imitation personnelle**, au risque de condamner un comportement qui relève avant tout de la capacité de re-présenter⁴⁸⁰ la ou une réalité et de la liberté d'expression individuelle. Car l'imitation unilatérale de personne est à la base de bien des activités humaines qui permettent de porter un autre regard sur le monde. L'art du spectacle ou la caricature excellent ainsi à livrer des imitations de personne dont le trait grossissant et railleur offre une vision distanciée et critique des travers d'une époque ou d'un milieu social.

⁴⁸⁰Nous insistons sur le « re »-présenter.

CHAPITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UN PERSONNAGE

277. *Personne et personnage.* L'étude de l'imitation unilatérale d'une personne nous a permis de la concevoir comme un agir mimétique dont la référence est une personne, constituée de ses éléments d'identité qui lui assurent le sentiment d'être unique à ses yeux et à ceux d'autrui. Au-delà de son essence immuable, l'être humain se forme et se transforme au cours d'apprentissages où l'imitation comportementale tient une fonction incontournable, mise en évidence par les sciences humaines à la suite des enseignements des philosophes anciens⁴⁸¹.

Tout au long de sa vie, l'individu apprend des savoirs mais aussi des savoir-faire et des savoir-être. Il participe à des groupes sociaux qui lui permettent d'assimiler les différents rôles qu'il a et aura à tenir dans ses différentes interactions avec ceux qui l'entourent. En ce sens on peut dire que l'individu est une personne mais incarne également un ou plutôt des personnages définis par des rôles déterminés qui se transmettent par imitation. Ces derniers sont les autres masques que portent l'individu, tel que les définit M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD⁴⁸², le premier étant celui qui caractérise la personne substantielle.

Tout groupe social - familial, professionnel ou autre – propose des modèles c'est-à-dire des représentations (valeurs, normes de comportements, voire de pensée) que ses membres peuvent se représenter pour agir mimétiquement en référence à eux et en jouant un ou des personnages qui signifient leur appartenance au groupe.

278. *Personnages et attributs symboliques d'une fonction sociale.* Parce que l'individu est amené à tenir divers rôles, plus ou moins complémentaires et en constante évolution, les personnages qu'il incarne ont un caractère plus variable que ses éléments d'identité. Néanmoins, il est possible de reconnaître le rôle ou la fonction exercée par un individu car il est en général signifié par des attributs qui n'appartiennent qu'aux membres d'un groupe social déterminé. Les adolescents adoptent des codes vestimentaires spécifiques de leur âge à une époque donnée, tout comme certaines professions sont représentées par certains accessoires ou certaines actions – des outils ou instruments, des gestes professionnels mais aussi des signes, un costume, etc.

⁴⁸¹V. *supra* n° 33 et s.

⁴⁸²J.-M. TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux : Bière, 1995, pp. 54-67 et spéc. pp. 60-61. M. le Professeur J.-M. TRIGEAUD souligne l'importance de « la protection de la profondeur de la personne substantielle en écartant toute rupture par laquelle le masque déclarerait son autonomie. Car la réalité du masque n'est pas en lui mais dans ce qui le précède : dans la personne démasquée, i.e. défonctionnalisée ». « Quand le masque est ramené à une telle apparence, confondue avec l'homme ou avec le support, ou désolidarisé de lui, il traduit ce que l'on nomme une fonction juridique ».

Ces attributs symbolisent les personnages auxquels ils sont dédiés et pas les autres, acquérant une fonction représentative des rôles sociaux auxquels ils sont rattachés.

279. *Imitation unilatérale licite ou illicite d'un personnage.* De ce qui précède, il apparaît que l'imitation unilatérale de personnages est une activité humaine naturelle, licite puisqu'elle conduit à l'intégration progressive et à la participation de la personne aux fonctions sociales de ses différents groupes d'appartenance, actuels ou futurs. Il s'agit de « faire comme » et se représenter comme il convient aux personnages que l'on incarne ou que l'on se prépare à incarner.

Cela étant, on peut concevoir que certains individus se livrent à des imitations de personnages qu'ils ne sont pas destinés à représenter, en s'attribuant notamment des attributs symboliques sans avoir reçu pour cela autorisation ou habilitation. Il s'agit alors de « faire comme si » en créant l'illusion d'être non pas une personne déterminée mais un personnage parmi d'autres investis de la même fonction sociale.

280. *Toute imitation d'un personnage réalisée indûment ne peut être réprimée par le législateur.* Pour être illicite, elle doit correspondre à **l'appropriation d'éléments symboliques protégés par le droit pénal**. A la différence de l'usurpation d'identité, ce n'est pas l'appropriation en elle-même qui est illégale et il ne pourra être question ici d'affirmer que les textes d'incrimination relèvent simplement de la répression d'une imitation. Il s'agira plutôt d'étudier dans certaines incriminations la manière dont le législateur prévoit de réprimer l'imitation illicite d'un personnage, c'est-à-dire dans des conditions qui n'autoriseraient pas l'agent de l'infraction à se réclamer d'un rôle social qu'il n'était pas habilité à tenir.

C'est pourquoi nous nous efforcerons de déterminer ce que l'on doit entendre par protection pénale des attributs symboliques d'une fonction sociale (Section 1) avant de nous attacher à analyser certaines infractions qui témoignent d'une usurpation de ces attributs, en recherchant si elles exigent pour leur caractérisation les critères d'un comportement d'imitation (Section 2).

SECTION I : LA PROTECTION PENALE DE CERTAINS ATTRIBUTS SYMBOLIQUES DES FONCTIONS SOCIALES

281. Parce que tous les attributs symboliques n'intéressent pas le législateur, il convient d'approfondir cette notion dans son rapport avec les rôles ou fonctions que remplit un individu dans la société (I). Nous pourrions alors préciser quels sont les attributs symboliques des fonctions sociales protégées par le droit pénal, objets d'usurpations illicites (II).

I. Rôles sociaux et attributs symboliques d'une fonction sociale

282. *Personne et groupe social d'appartenance.* Tout au long de son existence, l'individu participe à différents groupes sociaux qui constituent ses « groupes d'appartenance ». Certains s'imposent à lui par les circonstances - famille, classe d'école - alors que d'autres sont plus ou moins choisis - bandes d'adolescents, clubs et fédérations sportives, équipes ou classes socio-professionnelle, etc. Ce qui signifie que l'individu participe à l'activité de groupes divers et en constante évolution, qu'il intègre ou quitte au grès des circonstances – étapes et vicissitudes de la vie - ou de ses choix personnels – fondation d'une famille, choix d'une profession, etc.

283. *Groupes d'appartenance, identité et fonctions sociales.* Si l'appartenance à un groupe se définit globalement par la poursuite d'une finalité commune, il semble évident que tous ses groupes d'appartenance n'ont pas la même importance pour un individu.

Certains participent intimement de la construction de sa personnalité, son caractère immuable, pour laquelle nous avons vu que l'imitation joue un rôle non négligeable, d'autres en sont en quelque sorte l'extension, exprimant des choix individuels, où là encore l'imitation intervient. Parce qu'il est membre d'une famille, d'un groupe de camarades, d'une classe, d'une profession, etc., l'individu se reconnaît et est identifié par les autres comme appartenant à une famille, un genre sexué, une classe d'âge, doté de savoir-faire et remplissant des fonctions sociales déterminées. Dans ce sens, l'appartenance d'une personne à un groupe renvoie soit à certains éléments de son identité – son nom, son genre, son âge, etc. – soit à des rôles – élève, parent, professionnel, etc. On peut parler de personne, recouvrant les caractères de l'identité, et de personnages, ensemble des rôles sociaux de l'individu.

284. *Personne et personnages ou attributs identitaires et symboliques.* L'identité d'une personne renvoie à des attributs identitaires, subjectifs mais aussi objectifs, matérialisés par des documents d'identité, des éléments d'identification qui n'appartiennent qu'à lui et que le droit s'attache à protéger⁴⁸³.

De la même manière, il est possible de se représenter certains rôles sociaux par des symboles qui évoquent immédiatement à l'esprit certaines fonctions tenues par un certain nombre d'individus.

Le terme « symbole » vient du grec *symbolon* qui signifie « signe de reconnaissance ». Certains symboles matérialisent les personnages de la société parce qu'ils permettent d'en construire une image, schématisée par celle d'objets ou d'accessoires - par exemple le cartable des écoliers, l'outil privilégié d'un professionnel - celle d'une vêtue - comme la robe d'avocat ou un uniforme - ou encore la représentation d'actions propres à certaines fonctions sociales – certains gestes professionnels typiques d'une profession par exemple.

285. *Mimésis et imitation de personnages.* Par mimétisme et tout au long de sa vie, l'individu endosse, se pare de personnages qui correspondent aux rôles qu'il est appelé à tenir dans la société. Ceux-ci déterminent en particulier son appartenance à différents groupes sociaux dont les membres exercent la même fonction sociale. Le point commun des membres d'un groupe social est donc l'habilitation à pouvoir en faire partie – par filiation, diplôme, nomination par une autorité compétente, etc. – ou bien par une autorisation de fait – groupe de fans par exemple. Elle s'accompagne fréquemment de l'adoption, par imitation, d'attributs tels qu'un costume, un insigne, un tatouage, un accessoire, etc., mais aussi de gestes et d'habitudes qui symbolisent l'appartenance de l'individu au groupe.

Ces attributs symboliques matérialisent ainsi un rôle, un personnage qui constitue en quelque sorte un **modèle, connu de tous les membres du groupe**. En en bénéficiant ou en les adoptant, ceux-ci se conforment au modèle de référence. Nous retrouvons ici les critères qui nous ont permis de définir un comportement d'imitation, à savoir, existence, connaissance et volonté de reproduction du modèle par l'imitateur. C'est pourquoi nous pouvons considérer que les individus faisant partie du même groupe social imitent un modèle abstrait mais également, plus spécifiquement, s'imitent les uns les autres et entre eux pour parvenir à la représentation de ce modèle⁴⁸⁴. Il s'agit d'une **activité mimétique** où l'individu cherche à « se faire le même

⁴⁸³V. *supra* n° 97 et s.

⁴⁸⁴Que nous nommons plus exactement un agir mimétique horizontal. V. pour une explication V. *infra* n° 881.

que » ou à « faire comme » un personnage déterminé.

Dans ce cadre, **le modèle abstrait de référence d'un groupe social est un « personnage », que seuls les membres du groupe sont « habilités » à imiter.**

286. Imitation unilatérale d'un personnage au travers de ses attributs symboliques. On peut parler également de **groupes de référence** pour exprimer qu'un individu construit ses valeurs et normes de comportement en référence à des groupes qui débordent ses groupes d'appartenance⁴⁸⁵. Car ils comprennent à la fois ceux auquel il est rattaché et ceux « auxquels il aspire à se rattacher psychologiquement ; ou, en d'autres termes, ceux auxquels il s'identifie ou désire s'identifier »⁴⁸⁶.

L'individu peut alors s'approprier les attributs symboliques - signes distinctifs, attitudes et comportements – des groupes dans lesquels il espère s'intégrer et cette activité mimétique est individuelle, issue de sa seule volonté.

Dans ce chapitre, nous portons notre réflexion sur **l'imitation unilatérale des attributs symboliques d'un groupe social déterminé**⁴⁸⁷. C'est-à-dire que nous envisageons l'imitation comme un comportement que l'individu dirige vers un groupe social, en tentant d'adopter des attributs qui symbolisent l'appartenance au groupe. C'est l'agir mimétique individuel qui nous intéresse, et ses rapports avec la légalité.

287. Droit pénal et imitation unilatérale de personnages. Lorsqu'il s'attache à protéger la personne humaine, le droit pénal préserve certains rôles des individus, conçus comme appartenant à un groupe social protégé, tels les mineurs et la famille⁴⁸⁸. Il veille également à réprimer toute usurpation de fonctions, de titres ou autres signes officiels ainsi qu'à incriminer l'exercice illégal de certaines professions qui ont une utilité publique, car liées notamment à la santé publique ou à l'action de justice.

C'est dans ce cadre que **le droit protège certains personnages publics**, qui occupent des fonctions réglementées par l'autorité publique. L'imitation d'un personnage est un comportement qui est sanctionné par le droit pénal lorsqu'elle porte atteinte à l'autorité de l'Etat,

⁴⁸⁵V. pour une explication du groupe de référence *supra* n° 53.

⁴⁸⁶M. SHERIF, C. W. SHERIF, *An outline of social psychology*, New York, Harper et Bros, 1956, p. 175.

⁴⁸⁷L'imitation mutuelle des membres d'un groupe sera étudiée dans la deuxième partie dans l'analyse de certains comportements illicites d'imitation plurilatérale. V. *infra* n° 853.

⁴⁸⁸Au chapitre VII du titre II relatif aux atteintes à la personne humaine, le Code pénal consacre la protection des mineurs et de la famille en incriminant par exemple le délaissement de mineur ou encore l'atteinte à l'exercice de l'autorité parentale.

et uniquement dans ce sens. Par conséquent, si toutes les imitations de personnages ne sont pas illicites, celles qui sont sanctionnées présentent un terrain d'analyse très pertinent pour mettre en évidence les critères d'un comportement d'imitation unilatérale par l'utilisation d'attributs symboliques.

Il convient d'abord de préciser les attributs symboliques protégés par le droit pénal, les personnages auxquels ils se rattachent constituant les modèles d'une possible imitation unilatérale illicite. Plus précisément, nous nous intéresserons aux signes de l'autorité publique et aux attributs symboliques des fonctions, titres et qualités réglementés par l'autorité publique.

II. La protection pénale des attributs symboliques de l'autorité publique et/ou réglementés par l'autorité publique

288. Si des attributs symboliques permettent la distinction entre les citoyens en signalant leur appartenance éventuelle à un groupe social de référence, certains d'entre eux ne peuvent être utilisés que sous couvert d'une habilitation d'une autorité publique, c'est-à-dire que leur détention est subordonnée à une autorisation préalable de droit.

La diversité des textes nous contraint à en détailler de manière quelque peu mécanique certains éléments. Toutefois, la même logique démonstrative se retrouve tout au long de leur analyse, à savoir la définition des notions ainsi que des exemples d'objets bénéficiant d'une protection pénale.

289. Notre présentation suivra ainsi le fil conducteur des textes d'incrimination de l'usurpation des attributs symboliques protégés. Nous présenterons d'abord les signes de l'autorité publique et les fonctions publiques protégés (Paragraphe 1) puis la protection des titres attachés à des professions réglementées et celle des diplômes officiels et des qualités dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La protection des signes de l'autorité publique et des fonctions publiques

290. *Protéger le prestige et la dignité des marques officielles.* Les marques distinctives de l'autorité publique font l'objet d'une protection particulière. Il s'agit de certains uniformes, costumes, ou décorations, ou bien d'insignes ou de véhicules réservés aux représentants des

pouvoirs publics. Ils remplissent une fonction identificatoire en permettant de faire la distinction entre les citoyens qui exercent une fonction officielle et les autres. Par conséquent, ils symbolisent une certaine autorité, étatique ou autre, et la faculté d'octroyer de tels attributs appartient uniquement à la puissance publique.

M. le Professeur Cédric RIBEYRE indique justement que c'est « afin de protéger le prestige et la dignité des marques officielles instituées par la puissance publique et d'éviter les abus qui pourraient résulter d'une **usurpation** ou d'une **imitation**⁴⁸⁹ de ces marques que le Code pénal incrimine divers comportements réprimés »⁴⁹⁰.

291. ***Une protection double.*** Les signes de l'autorité publique sont protégés de manière autonome par deux textes de référence. D'une part, l'article 433-14 réprime le port ou l'usage « sans droit » des attributs réglementés originaux et d'autre part, l'article 433-15 sanctionne le port ou l'usage de signes ressemblants, « de nature à causer à causer une méprise dans l'esprit du public ». Il s'agit bien de protéger largement des symboles de l'autorité publique, attachés à des fonctions réglementées par l'État. Et l'importance de la valeur protégée peut justifier la **double protection organisée par le législateur en prévoyant des dispositions complémentaires les unes des autres.**

La mise en parallèle des deux textes de référence est intéressante car elle souligne quelques différences entre les mesures réglementaires, selon le signe ou la fonction protégée derrière ce signe. Nous verrons en particulier que ces dispositions générales sont parfois complétées par d'autres, pour élargir la protection des signes de l'autorité publique contre toute atteinte commise par des particuliers.

A. Les signes vestimentaires réglementés

292. Il convient notamment, en suivant l'ordre rédactionnel des dispositions, de distinguer les signes vestimentaires (1) des autres signes réglementés de l'autorité publique (2).

⁴⁸⁹L'auteur faisant, à la différence de nous, la distinction entre reproduction *stricto sensu* et imitation.

⁴⁹⁰C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-14 à 433-16, 2013, fasc. 20, n° 1.

1) *La protection des tenues vestimentaires réglementées*

293. *Des symboles de l'autorité publique.* M. Laurent GIMALAC relève que « les vêtements ne sont pas seulement des créations de la mode : ils jouent un rôle social essentiel », notamment dans certains secteurs professionnels⁴⁹¹. S'il existe une liberté de se vêtir, sous condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁹², celle-ci trouve des limites lorsque **le vêtement symbolise spécifiquement une fonction**. Ainsi le vêtement dans certaines professions « constitue le prolongement de l'activité professionnelle »⁴⁹³.

Pour Mme Agnès BOUZON-ROULE, la liberté de se vêtir est donc parfois « amenuisée lorsqu'elle est placée en perspective avec l'obligation d'incarner l'image d'une profession et non plus simplement sa propre individualité »⁴⁹⁴. Ainsi, certaines tenues sont imposées pour des raisons de sécurité comme pour les professions de gardiennage par exemple⁴⁹⁵. D'autres vêtements sont exigés pour des raisons d'hygiène notamment dans le domaine médical. D'autres encore symbolisent spécifiquement des professions en raison de **l'exercice d'une fonction régaliennne ou d'une autorité conférée par celle-ci**.

294. *Définition des tenues vestimentaires protégées.* L'article 433-14 du Code pénal établit que les **costumes, uniformes et décorations** réglementés par l'autorité publique ne sauraient être portés publiquement par ceux n'exerçant pas une fonction réglementée par l'État. Voyons la protection offerte par l'article 433-14 du Code pénal aux signes vestimentaires réglementés (a), puis son renforcement par les articles 433-15 et R. 643-1 du même Code (b).

⁴⁹¹L. GIMALAC, *La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels*, LPA, 20 décembre 2002, n° 254, p. 11.

⁴⁹²Selon le Décret du 8 brumaire an II (29 octobre 1793) : « nulle personne de l'un ou l'autre sexe ne pourra contraindre aucun citoyen ou citoyenne à se vêtir d'une manière particulière, sous peine d'être considérée et traitée comme suspecte et poursuivie comme perturbatrice du repos public. Chacun est libre de porter le vêtement et ajustement de son sexe qui lui convient » (V. L.-M. DEVILLENEUVE, *Recueil général des lois et arrêts, 1^{ère} série, Lois annotées, 1789-1830*, 10^{ème} vol., Paris : Journal des notaires et des avocats, 1843, p. 272) ; M. RIBEYRE rapporte qu'« il s'agissait à l'époque de tirer les conséquences de l'interdiction des habits ecclésiastiques établie par l'article 9 de la loi du 7 août 1792 » (C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, op. cit., n° 9). Aujourd'hui, on ne retrouve pas en droit positif de texte si clair en matière de tenue.

⁴⁹³L. GIMALAC, op. cit., p. 13.

⁴⁹⁴A. BOUZON-ROULE, *Uniforme - Costume*, Rép. pén., 2014, n° 1.

⁴⁹⁵V. Circ. du 15 mars 1983 (n° 83-5, B.O. Trav., n°16) et Circ. du 10 septembre 1991 (n° 91-17, B.O. Trav., n°20).

a) La protection des tenues vestimentaires officielles

295. *Le costume de certains fonctionnaires et officiers publics.* MERLE et VITU expliquent ainsi que le costume visé par la disposition est « le vêtement qui sert, pour les actes de la vie professionnelle, à distinguer les fonctionnaires et les officiers publics des simples citoyens »⁴⁹⁶. Ainsi l'effet extraordinaire et autorisé par l'autorité publique confère à ces tenues leur caractère symbolique car elles sont portées exclusivement par des personnes participant à la fonction publique.

Liste non-exhaustive. Parmi les costumes protégés, notons ceux des préfets, ceux des magistrats ou encore des huissiers de justice. C'est le caractère officiel du costume qui permet aux individus participant à la fonction publique d'avoir une certaine autorité sur les autres membres de la société.

296. *L'uniforme des militaires et des membres de certains corps civils.* De même, selon Mme Agnès BOUZON-ROULE, les uniformes sont, comme les costumes, « l'**expression visible de l'autorité publique** »⁴⁹⁷. Tenue vestimentaire réservée « à certains corps de l'État »⁴⁹⁸, revêtue par les « représentants des administrations publiques »⁴⁹⁹, l'uniforme est défini par MERLE et VITU comme « le costume propre aux membres des corps militaires et de certains corps civils »⁵⁰⁰.

Liste non-exhaustive. Seules les personnes qui sont investies d'une des fonctions régaliennes peuvent porter de tels uniformes. Ainsi sont protégés en France les uniformes des policiers, des douaniers, des sapeurs-pompiers, des officiers, des sous-officiers, des soldats, des marins⁵⁰¹, des gardiens de la paix, des membres de services de police non étatisés, des gardes-chasse, des gardes-pêche, des gardes forestiers, etc.

⁴⁹⁶R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris : Cujas, 7^{ème} éd., t. 1, 1997, n° 476, p. 363 ; V. également R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris : Sirey, 3^{ème} éd., t. 3, 1913-1935, n° 1727, p. 656. GARRAUD ajoute, dans le même sens, qu'il s'agit de « l'habillement qui sert à distinguer les fonctionnaires et officiers publics, [...] les uns des autres ».

⁴⁹⁷A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme - Costume*, op. cit., n° 5.

⁴⁹⁸C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-14 à 433-16, 2013, fasc. 20, n° 11.

⁴⁹⁹C. COURTIN, *Contravention*, Rép. pén., 2010, n°331.

⁵⁰⁰R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 476.

⁵⁰¹V. par ex. CA Montpellier, 6 février 2007, n° 06/01158. Dans cette espèce, le prévenu portait sans droit l'uniforme de Premier Maître de la Marine Nationale alors qu'il ne possédait que le grade de Quartier Maître de la Marine Nationale.

297. **Les décorations.** Enfin, MERLE et VITU appellent « décoration une distinction honorifique conférée, sous certaines conditions et à certaines personnes, par la puissance publique ». Ils estiment assez ironiquement que les décorations, nombreuses, « ont toujours eu beaucoup d'attrait sur le public, dont elles flattent la vanité ; parfois même aussi elles récompensent des mérites »⁵⁰². Il s'agit de récompenses officielles dont certaines sont d'ailleurs protégées par des dispositions autonomes tel le Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire pour les décorations éponymes.

Liste non exhaustive. Les décorations les plus connues protégées par l'article 433-14 du Code pénal sont, comme le rappelle le Professeur Cédric RIBEYRE, « la Légion d'honneur, la croix de la Libération, la médaille militaire, l'ordre national du Mérite, la croix de guerre, la médaille de la Résistance, la croix du combattant volontaire, les médailles commémoratives des diverses expéditions d'outre-mer, les décorations universitaires et les décorations existant dans de nombreux corps et administrations (médaille pénitentiaire, palmes académiques, médaille d'honneur des personnels civils du ministère de la Défense, médaille d'honneur de la police nationale, etc.) »⁵⁰³.

298. **Un exemple de l'évolution de la protection d'une tenue vestimentaire : la robe d'avocat**⁵⁰⁴. La protection de la robe d'avocat est relativement récente. Avant le décret du 20 juin 1920 relatif à l'exercice de la profession et discipline du barreau⁵⁰⁵, il était possible pour un simple licencié en droit de prêter serment sans aucune inscription au Barreau. Ainsi avait-il le droit d'user du titre « nu » d'avocat⁵⁰⁶, aucun texte ne se préoccupant du port de la robe. Puis « le décret de 1920 est venu lier l'usage du titre et l'exercice de la profession par l'inscription nécessaire à un barreau »⁵⁰⁷. Il n'était plus possible pour un licencié ou titulaire de maîtrise en droit de porter le titre et revêtir la robe d'avocat sans avoir prêté serment et être inscrit au tableau ou sur une liste du stage d'un Barreau⁵⁰⁸. Était alors condamné tout prévenu portant une robe sans qu'aucun texte ne lui en accorde le droit⁵⁰⁹.

⁵⁰²R. MERLE, A. VITU, id., n° 477.

⁵⁰³C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, op. cit., n° 16.

⁵⁰⁴J. JULIEN, *Histoires de robe...*, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 76, p. 2.

⁵⁰⁵Décret du 20 juin 1920 relatif à l'exercice de la profession et discipline du barreau (JO 1920, p. 8822).

⁵⁰⁶A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme – Costume*, op. cit., n° 15.

⁵⁰⁷Ibid.

⁵⁰⁸Ainsi, un licencié en droit, ayant prêté serment mais ayant sollicité son inscription bien après devait être condamné pour port illégal de costume s'il se présentait en robe pour plaider devant un tribunal sans attendre l'effectivité de son inscription, se comportant comme un avocat certifié sans pour autant y avoir droit.

⁵⁰⁹V. par ex. Cass. civ., 29 juillet 1936, DP 1936, 1, p. 86, note APPLETON. Le délit de port illégal de costume est commis par l'agréé près le tribunal de commerce, aucun texte n'ayant donné le droit au port du costume d'avocat.

Par la suite, la loi du 31 décembre 1971 est venue renforcer la protection légale du port de la robe en prévoyant dans son article 3 alinéa 3 que les avocats revêtent, dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession⁵¹⁰. La chambre criminelle, dans un arrêt du 5 novembre 1997 a expressément considéré que la robe d'avocat, conformément aux prévisions de la loi de 1971, est un costume réglementé par l'autorité publique au sens de l'article 433-14 du Code pénal⁵¹¹.

Nous rejoignons M. le Professeur Jérôme JULIEN qui considère que « porter la robe est assurément un privilège, mais qui n'est consenti que dans un but précis : assurer la primauté de la justice, son indépendance, son respect, [...] »⁵¹². Il ajoute que ce costume est le « signe visible de l'**appartenance** de celui qui la porte à une communauté et de sa **soumission** à un certain nombre de règles et de principes qui assureront une bonne défense. Dès lors, interdire le port de la robe à celui qui n'en réunit pas les conditions sauvegarde tout à la fois les **intérêts d'une communauté** qui doit légitimement se prémunir d'immixtions intempestives **et ceux d'un client** qui pourrait être abusé par l'apparence et placer sa confiance en une personne qui ne serait pas digne de la recevoir »⁵¹³.

299. Protection des tenues vestimentaires réglementées par l'autorité des États qu'ils représentent. Les tenues vestimentaires réglementées par l'autorité des États qu'ils représentent constituent en outre un exemple de la protection des intérêts publics étrangers par le droit français.

Costumes étrangers. La question de la protection des costumes étrangers par l'article 433-14 a été posée. Contrairement aux décorations ou uniformes étrangers pour lesquels le législateur s'est prononcé, rien n'a été déterminé pour ces costumes. Pour GARRAUD et VITU, le droit pénal protège le port de costumes étrangers seulement dans le cas où ils sont autorisés en France⁵¹⁴. L'autorisation accordée par l'autorité publique offre une certaine légitimité au port de ces tenues qu'il convient donc de protéger au travers de l'article 433-14 du Code pénal.

⁵¹⁰L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 74, modifiée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990.

⁵¹¹Cass. crim., 5 novembre 1997, B. crim. n° 377 ; V. également CA Paris, 3 avril 2009, n°08/09596 : JurisData n° 2009-004668. Un individu est sanctionné pour présentation en robe d'avocat au parquet pour se faire remettre un double de la procédure concernant un client, alors même qu'il avait été retiré du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Paris à la suite d'un arrêt prononçant sa liquidation judiciaire.

⁵¹²J. JULIEN, id., n° 76, p. 2.

⁵¹³J. JULIEN, id., n° 76, p. 2.

⁵¹⁴R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., t. 3, p. 658-659 ; A. VITU, *Un aspect particulier du droit pénal international : la protection des intérêts publics étrangers par le droit criminel français*, Mél. Jean Larguier, PU Grenoble, 1993, p. 369.

Uniformes étrangers. Si rarement les juges du fond ont eu à se prononcer en matière d'uniformes étrangers, le tribunal correctionnel d'Orange a considéré dans une décision du 28 décembre 1916 que les uniformes des militaires des armées alliées à la France en temps de guerre étaient protégés par l'article 433-14 du Code pénal⁵¹⁵. Si la décision est ancienne, il semble possible d'admettre qu'un uniforme étranger est également protégé par le droit pénal s'il est autorisé par la France.

Décorations étrangères. Enfin, à la différence notable des costumes et uniformes, il existe un certain nombre de textes en matière de décorations étrangères. Par exemple, le Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire prévoient des dispositions interdisant le port de décorations étrangères par un Français si elles n'ont pas été accordées par une puissance étrangère et expressément autorisées par arrêté du grand chancelier de la Légion d'honneur⁵¹⁶. Un arrêt de la chambre criminelle du 25 mars 1899 est d'ailleurs venu préciser que, si le port par un Français de décorations étrangères est réglementé, en revanche, un étranger séjournant en France peut porter librement les décorations qui lui ont été conférées par son pays ou par un autre pays⁵¹⁷.

300. **Tenues vestimentaires exclues de la protection.** La protection prévue par l'article 433-14 s'étend exclusivement aux tenues vestimentaires réglementées par l'autorité, en imposant notamment un caractère officiel actuel.

Costumes exclus. Nous pouvons reprendre une partie de la liste non exhaustive de costumes non protégés par le droit pénal proposée par Mme BOUZON-ROULE : les costumes de confréries de sociétés musicales, des ecclésiastiques⁵¹⁸, ceux des agents de postes, de la SNCF, des gardiens de musées, des huissiers des administrations (réglementés non par l'autorité publique mais plutôt par la tradition ou une réglementation propre à l'entreprise⁵¹⁹), etc.⁵²⁰.

⁵¹⁵T. corr. Orange, 28 décembre 1916, Gaz. Pal. 1916, 2, p. 464.

⁵¹⁶Art. R. 161 C. légion d'honneur.

⁵¹⁷Cass. crim., 25 mars 1899, S. 1900, 1, 428.

⁵¹⁸Avant la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État (JO du 11 décembre 1905, p. 7205), le port de costumes des ecclésiastiques était conditionné à un droit (V. pour un ex. Cass. crim., 22 juillet 1837, B. crim. n° 448). Aujourd'hui, ne participant pas à l'exercice de la puissance publique, le port de ce costume n'est pas régi par l'article 433-14 du Code pénal.

⁵¹⁹Selon l'article L. 1121-1 du Code du travail, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Chaque salarié peut ainsi, par principe, se vêtir comme il le souhaite sur son lieu de travail. Toutefois, pour des raisons tenant à l'image de l'entreprise ou à la tâche à accomplir, l'employeur peut restreindre cette liberté, dans la mesure où la contrainte se justifie et est proportionnée au but recherché. V. par ex. s'agissant du refus de porter un uniforme adéquat par une assistante responsable des réservations, Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-43784, non publié au bulletin.

⁵²⁰V. en détails A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme – Costume*, op. cit., n° 15.

Uniformes exclus. De même, sont exclus de la protection les uniformes anciens ou encore ceux qui ne sont plus réglementés par l'autorité publique.

Décorations exclues. Enfin, sont exclues toutes les décorations qui ont été délivrées par des autorités privées. Toutefois, comme le rapporte le même auteur, une loi en date du 8 août 1912 protège certaines récompenses industrielles⁵²¹.

b) La protection élargie des tenues vestimentaires réglementées

301. **Prohibition du costume ou de l'uniforme ressemblant : « faux costume » ou « faux uniforme ».** Le législateur a veillé à renforcer la protection des costumes et uniformes réglementés par l'autorité publique en interdisant le port, en public et par toute personne, de toute tenue vestimentaire présentant avec eux **une certaine ressemblance**. Certains auteurs parlent alors de costume ou uniforme imitant⁵²². Or, pour éviter l'ambiguïté inhérente à la notion d'imitation, nous préférons conserver la dénomination légale de « costumes ou uniformes ressemblants » ou « faux costumes » et « faux uniformes ».

La prohibition du port de faux costumes ou de faux uniformes par l'article 433-15 du Code pénal permet incontestablement d'élargir la protection de tels signes de l'autorité publique dans la mesure où toute « ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public » entraîne une sanction pénale. L'incrimination prévue possède un champ d'application limité puisqu'elle ne vise que les costumes et les uniformes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale et des militaires.

Toutefois, l'article R. 643-1 du même Code concourt à élargir la protection en prohibant le port de tous costumes ou uniformes ressemblant à ceux réglementés par l'autorité publique non visés par l'article 433-15. Ce texte interdit par exemple le port public de faux costumes de préfets, sapeurs-pompiers, avocats, magistrats, etc. En outre, l'article R. 645-1 vise les faux uniformes qui rappelleraient ceux portés, soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à

⁵²¹C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, op. cit., n° 17. L'article 1 de la loi du 8 août 1912 relative aux récompenses industrielles protège notamment les prix, médailles, mentions, titres ou attestations quelconques de supériorité ou approbations qui ont été obtenues par exemple dans les expositions ou concours organisés, patronnés ou autorisés par le Gouvernement. L'article 9 sanctionne de deux ans d'emprisonnement et de 6 000 euros d'amende l'utilisation, sans droit et frauduleusement, l'une de ces récompenses industrielles ou le fait de s'en attribuer une imaginaire.

⁵²²V. notamment A. BOUZON-ROULLE, op. cit., n° 30 et s. ; C. RIBEYRE, op. cit., n° 49 et s. Ces auteurs toutefois considèrent l'imitation au sens matériel et non comportemental, comme nous l'entendons.

l'accord de Londres du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable par une juridiction française ou internationale⁵²³ d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité⁵²⁴. Il ne s'agit plus alors de protéger un signe de l'autorité publique mais de prohiber toute représentation, symbolique, d'une organisation criminelle, ce qui se justifie par la nécessité d'interdire tout rappel d'idéologies particulièrement meurtrières.

302. ***Prohibition de certaines décorations : les « fausse décoration ».*** Par ailleurs, à la différence des costumes et uniformes, aucune disposition du Code pénal, que ce soit l'article 433-15, l'article R. 643-1 ou l'article R. 645-1, ne vise les décorations ressemblant aux officielles. Mme le Professeur Michèle-Laure RASSAT souligne justement que « celui qui porte une décoration pendante trompeuse (sur un uniforme par exemple) ne commet aucune infraction, mais que celui qui porte un insigne trompeur de la même décoration commet l'infraction ce qui n'est guère logique ». Néanmoins, une certaine protection est assurée par les articles R. 171 et R. 172 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire qui interdisent le port de décorations ressemblant aux véritables. Ce sont donc des dispositions spéciales qui protègent ces signes distinctifs.

303. Au-delà des tenues vestimentaires, l'article 433-14 du Code pénal garantit la protection d'autres attributs accessoires aux fonctions réglementées par l'autorité publique.

2) Les autres signes réglementés

304. La protection offerte par l'article 433-14 s'étend aux documents réglementés justificatifs d'une qualité professionnelle, aux insignes réglementés et à certains véhicules supportant des signes extérieurs identiques à ceux de l'autorité publique (a). Elle est renforcée par les articles 433-15 et R. 643-1 du Code pénal (b).

⁵²³Ainsi, la Cour pénale internationale instituée par le Statut de Rome du 3 avril 1998, compétente pour juger les individus qui se sont rendus coupables de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre sur le territoire d'un État signature, le tribunal pénal international créé par la loi du 2 janvier 1995, n° 95-1, adoptant la résolution 827 des Nations unies du 25 mai 1993, qui juge les crimes contre l'humanité commis en Ex-Yougoslavie, le tribunal pénal international pour juger des crimes contre l'humanité commis au Rwanda, institué par la loi du 22 mai 1996, n° 96-432, adoptant la résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU.

⁵²⁴L'article R. 645-1 du Code pénal renvoie expressément aux articles 211-1 à 212-3 du même Code qui prévoient le génocide, l'extermination, la réduction en esclavage ou encore la déportation.

a) *La protection des documents, insignes ou véhicules réglementés*

305. **Des accessoires symboliques de l'autorité publique.** Les dispositions de la loi reconnaissent à divers accessoires la capacité symbolique de représenter l'autorité publique, au même titre que les tenues vestimentaires ou les décorations. Ainsi l'article 433-14 du Code pénal protège les documents réglementés justificatifs d'une qualité professionnelle et les insignes réglementés par l'autorité publique, tout comme certains véhicules réservés.

Les documents réglementés justifiant une qualité professionnelle. Seule une réglementation officielle « établit la forme, la teneur, ainsi que les conditions de [...] délivrance et [l'] utilisation »⁵²⁵ des documents justifiant une qualité professionnelle réglementée par l'autorité publique. Ils acquièrent ainsi une importante valeur probatoire et sont donc protégés. En pratique, il s'agit surtout de **cartes professionnelles**, tel que la carte de policier ou encore de gendarme.

Les insignes réglementés. Les insignes sont des « marques extérieures qui attestent de la possession d'une qualité officielle »⁵²⁶, d'une « appartenance à un groupe [...], permettant de distinguer celui qui la porte des autres citoyens »⁵²⁷. Ils « matérialisent la qualité de leur auteur »⁵²⁸.

La protection de certains insignes a suscité un débat, notamment concernant l'écharpe des maires, parlementaires ou encore commissaires de police. Si GARRAUD considérait qu'un costume véritable est nécessairement une tenue complète⁵²⁹, d'autres auteurs, au contraire, estimaient que l'écharpe, à elle seule, détient le pouvoir d'évoquer une certaine autorité⁵³⁰. Aujourd'hui, il est admis que l'article 433-14 visant expressément les insignes, il offre également une protection pénale à ce type d'accessoires.

Les véhicules de la police nationale et des militaires. L'article 433-14 protège en particulier les signes extérieurs et distinctifs des véhicules⁵³¹ de la police nationale et des militaires. Par exemple, la cour d'Aix-en-Provence est venue préciser dans un arrêt du 17 février 2010 que devaient être compris dans les signes extérieurs les gyrophares installés sur les

⁵²⁵C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, op. cit., n° 20.

⁵²⁶A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme – Costume*, op. cit., n° 3.

⁵²⁷C. RIBEYRE, op. cit., n° 21.

⁵²⁸M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2014, n° 1164, p. 1270.

⁵²⁹R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., t. 3, p. 656 et s.

⁵³⁰E. GARCON, *Code pénal annoté*, Paris : Sirey, éd. M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, 1959, art. 259, n°14.

⁵³¹Il faut entendre par véhicule dans cette disposition un engin terrestre, volant ou naviguant.

véhicules⁵³². Cette protection exclue, en revanche, tout autre véhicule tels que les ambulances ou encore les camions de pompier⁵³³.

b) La protection élargie de certains documents, insignes ou véhicules et autres emblèmes ou dénominations symboliques

306. Nous retrouvons ici les mêmes dispositions de la loi que pour les autres signes distinctifs de l'autorité publique. En outre, une protection particulière est accordée à l'emblème ou la dénomination de l'un des signes distinctifs définis par les conventions signées à Genève le 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels.

307. **Faux documents.** Ainsi l'article 433-15 du Code pénal n'interdit-il que les documents ressemblant à ceux réservés aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires. L'article R. 643-1 étend la prohibition aux autres documents présentant une ressemblance avec les originaux, réglementés par l'autorité publique.

308. **Insignes ou véhicules ressemblants.** Là encore les mêmes dispositions s'appliquent : interdiction de faire usage d'insignes ou d'utiliser des véhicules ressemblant à ceux des fonctionnaires de la police nationale et des militaires par l'article 433-15, prohibition des insignes présentant une ressemblance avec les autres insignes réglementés par l'autorité publique par l'article R. 643-1 et enfin interdiction du port d'insignes ou d'emblèmes rappelant ceux portés ou exhibés par les membres d'une organisation déclarée criminelle ou par une personne reconnue coupable de crimes contre l'humanité par l'article 645-1.

309. **Emblèmes ou dénominations protégés.** L'article 433-14 ainsi que l'article 433-15 renvoient à l'article 12 de la loi du 5 août 2013 qui interdit l'usage de l'emblème ou de la dénomination – véritables ou ressemblants - de l'un des signes distinctifs définis par les conventions signées à Genève le 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels⁵³⁴. Sont

⁵³²CA Aix-en-Provence, 17 février 2010, n° 266/D/2010 : JurisData n° 2010-009938.

⁵³³Ce qui nous paraît constituer une limite du texte non justifiée. En effet, ces derniers véhicules sont certes parfois civils mais également militaires.

⁵³⁴La loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, comporte un chapitre VIII intitulé « Dispositions portant adaptation du droit pénal au protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (protocole III), adopté à Genève le 8 décembre

notamment protégés le signe de la Croix Rouge, mais également le croissant Rouge ou encore le Cristal Rouge⁵³⁵, sans même être véritablement un attribut de la puissance publique. Toutefois, les membres du personnel, établissements ou véhicules des services médicaux militaires peuvent utiliser de tels signes, ainsi que les personnels des sociétés nationales Croix Rouge/Croissant Rouge, et leurs collaborateurs.

310. ***Pour conclure sur la protection des signes de l'autorité publique.*** On ne peut que constater, à travers ces différentes incriminations, une large protection des signes garantissant la distinction entre les représentants de l'autorité publique et les particuliers. S'il condamne plus durement l'usurpation de vrais signes, le législateur ne manque pas de punir toute exhibition publique de signes ressemblants susceptibles d'entraîner une méprise, préjudiciable à la fois pour la sécurité juridique et les individus.

Et c'est pour la même raison que le Code pénal protège les fonctions, titres et qualités de la personne.

B. La protection des fonctions publiques

311. L'autorité publique est seule à être investie du pouvoir de désigner les titulaires des fonctions publiques pour leur conférer les prérogatives attachées à celles-ci⁵³⁶. Le législateur établit la protection des fonctions publiques par l'article 433-12 du Code pénal (1), et renforce leur garantie en protégeant les documents réservés à l'exercice de ces fonctions par l'article suivant du Code pénal (2).

1) ***Une protection étendue des actes réservés à l'exercice d'une fonction publique***

312. ***Fonctions de participation quelconque à l'exercice de la puissance publique.*** L'article 258 de l'ancien Code pénal prévoyait des « fonctions publiques, civiles ou militaires ». L'article 433-12 du nouveau Code pénal, auquel on se réfère aujourd'hui, englobe les mêmes fonctions

2005 ».

⁵³⁵Remarquons que le nom de ces sociétés est également protégé par l'article 226-4-1 du Code pénal, relatif à l'usurpation d'identité dont le champ d'application comprend l'identité des personnes morales.

⁵³⁶V. C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-12 et 433-13, fasc. 20, 2013, n° 1.

mais sa rédaction en est plus simple⁵³⁷. Ainsi s'agit-il des fonctions exercées par les fonctionnaires publics mais également les officiers ministériels⁵³⁸, les agents de la force publique, ou encore toute personne chargée, même de manière temporaire⁵³⁹, d'un ministère de service public, classée ou non parmi les fonctionnaires⁵⁴⁰. Plus généralement, MERLE et VITU les définissent comme « celles qui s'exercent par une délégation de l'autorité publique ; ce qui ne veut pas dire - l'interprétation serait exagérément restrictive⁵⁴¹ - les fonctions donnant pouvoir de commandement sur les citoyens, mais plus largement toutes les fonctions qui donnent à leur titulaire le droit de participer, d'une façon quelconque, à l'exercice de la puissance publique »⁵⁴².

La chambre criminelle assimile également aux fonctions publiques protégées celles s'exerçant par une délégation de l'autorité publique⁵⁴³. Selon GARRAUD, sont ainsi garanties les fonctions qui donnent à celui qui en est investi une participation quelconque à l'exercice de la puissance publique⁵⁴⁴, sans distinction.

313. Liste non-exhaustive des fonctions publiques. Le texte susmentionné concerne les inspecteurs du travail⁵⁴⁵, les autorités militaires⁵⁴⁶, les notaires⁵⁴⁷, les huissiers⁵⁴⁸, les clercs des

⁵³⁷ C. RIBEYRE, op. cit., n° 9. Le Professeur relève que la rédaction du texte permet « d'exclure du domaine du texte examiné l'usurpation d'un droit civique ou l'accomplissement, à la place d'autrui, d'un devoir spécial, d'un devoir social qui lui incombait ».

⁵³⁸ C. RIBEYRE, id., n° 11, qui remarque que leurs titulaires ne peuvent toutefois être dits « fonctionnaires », au sens usuel du terme.

⁵³⁹ V. par ex. Cass. crim., 6 juillet 1917, B. crim. n° 164, S. 1920, 1, p. 191, Dr. pén. 1921, 1, p. 170. En l'espèce, il s'agissait d'une usurpation d'un mandat public temporaire donné à l'époque, dans l'intérêt de la défense nationale, à certaines personnes – ici un délégué - par l'autorité militaire collectant des métaux chez des commerçants.

⁵⁴⁰ Liste empruntée à C. LACROIX, *Usurpation de titres ou de fonctions*, Rép. pén., 2009, n° 12.

⁵⁴¹ Réduction notamment soutenue à la fin du XIX^{ème} siècle. V. sur ce point A. BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, Paris : Marchal et Billard, IV, 1867, n° 238 ; J.-F. RAUTER, *Traité théorique et pratique de droit criminel français*, Paris : C. Hingray, 1836, n° 398.

⁵⁴² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 465, p. 353, se référant à R. GARRAUD pour qui elles « donnent, à celui qui en est investi, une participation quelconque à l'exercice de la puissance publique ».

⁵⁴³ Cass. crim., 11 décembre 1962, B. crim. n° 368, D. 1963, 99, JCP G 1963, II, 13017.

⁵⁴⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., t. 3, p. 656 et s. ; V. également Cass. crim., 22 avril 1969, B. crim. n° 143, RSC, 1970, 642, obs. A. VITU.

⁵⁴⁵ Cass. crim., 22 avril 1969, voir préc.

⁵⁴⁶ Cass. crim., 15 mai 1941, B. crim. n° 62 ; Cass. crim., 2 février 1994, B. crim. n° 53 ; DP 1994, comm. 105, obs. M. VERON.

⁵⁴⁷ Cass. crim., 7 mai 1858, B. crim. n° 147, S. 1858, 1, p. 689, DP 1858, 1, p. 260 ; Cass. crim., 13 décembre 1894, DP 1898, 5, 646 ; Cass. crim., 10 juillet 1968, B. crim. n° 221, RSC, 1969, 136, obs. A. VITU.

⁵⁴⁸ Plus précisément, l'huissier de justice a deux fonctions, l'une tenant à la signification d'actes ou d'exploits et l'exécution des actes exécutoires, dont il a le monopole, l'autre tenant au recouvrement de créances, ventes publiques, constats de toutes sortes, dont il n'a pas le monopole (V. Art. 1 Ord. n° 45-2592 du 2 novembre 1945). Pour la Haute Cour il « n'importe que les actes accomplis par [le prévenu] ne fussent pas réservés exclusivement aux huissiers, du moment que les débiteurs auxquels il s'adressait ont pu croire, trompés par les manœuvres employées, que c'était un huissier qui s'adressait à eux (Cass. crim., 11 décembre 1962, B. crim. n° 368, D. 1963, 99, RSC, 1963, 345) ; V. plus récemment Cass. crim., 20 mai 2009, B. crim. n° 100, DP 2009, comm. 134, note M. VERON. Dans cette dernière espèce, le prévenu, gérant de société civile immobilière, fut

huissiers⁵⁴⁹, les commissaires-priseurs⁵⁵⁰, les administrateurs civils⁵⁵¹, les fonctionnaires de police⁵⁵², les magistrats⁵⁵³ ou encore les maires et préfets. Pour le professeur RIBEYRE, il s'agit « plus généralement [de] tous les membres de la hiérarchie administrative de l'État ou des autres collectivités publiques »⁵⁵⁴. En revanche, le texte ne concerne pas l'exercice sans titre de droits électoraux⁵⁵⁵ ou encore la fonction de mandataire-liquidateur, incompatible avec celle de commissaire aux comptes⁵⁵⁶.

314. *Autres fonctions publiques protégées.* Notons que certaines fonctions publiques sont protégées par des dispositions spécifiques⁵⁵⁷. Ainsi en est-il pour les médiateurs ou délégués du procureur de la République par l'article R. 645-8-1 du Code pénal⁵⁵⁸, la fonction d'expert-comptable par l'article 20 de l'ordonnance de 1945⁵⁵⁹, ou encore celle de commissaire aux comptes de sociétés par l'article L. 820-5 du Code de commerce⁵⁶⁰.

condamné pour avoir adressé des assignations à comparaître devant une juridiction à plusieurs individus, par lettres recommandées, en mentionnant comme expéditeur un huissier de justice. Pour la Cour de cassation, « il n'est pas nécessaire que l'acte de la fonction dont l'auteur n'est pas investi, ait été régulièrement accompli », ajoutant que « la fabrication d'une assignation est de nature à causer un préjudice à autrui »).

⁵⁴⁹V. notamment Art. 6, alinéa 1, L. 27 décembre 1923 relative à la suppléance des huissiers blessés et à la création des clercs assermentés : « tous actes judiciaires et extrajudiciaires, à l'exception des procès-verbaux de constats et d'exécution et des ventes mobilières judiciaires ou volontaires, devront, à peine de nullité, être signifiés par huissiers ou par clercs assermentés » (JO 29 décembre 1923, p. 12132).

⁵⁵⁰V. par ex. Cass. crim., 3 novembre 1970, B. crim. n° 287, D. 1971. 98, RSC. 1970, p. 413, obs. A. VITU, Gaz. Pal. 1971, 1, p. 91.

⁵⁵¹V. par ex. Cass. crim., 1^{er} octobre 1990, n°89-86963, non publié au bulletin.

⁵⁵²Par ex. Cass. crim., 14 juin 1861, B. crim. n° 121, S. 1861, 1, p. 1011, DP 1861, 1, p. 355 ; Cass. crim., 21 juillet 1971, B. crim. n° 325 ; Cass. crim., 2 février 1994, B. crim. n° 53 ; Dr. pén. 1994. comm. 105, obs. M. VERON ; Cass. crim., 9 avril 2002, B. crim. n° 83 ; Dr. pén. 2002. comm. 109 obs. M. VERON.

⁵⁵³L'article 433-12 du Code pénal s'intéresse aux magistrats qu'ils soient de l'ordre judiciaire (V. par ex. Cass. crim., 14 juin 1950, D. 1950. 589, obs L. HUGUENEY) ou de l'ordre administratif.

⁵⁵⁴C. RIBEYRE, *Usurpation de fonction*, op. cit., n° 11.

⁵⁵⁵V. CA Amiens, 26 juin 1822, S. 1822. 2. 91.

⁵⁵⁶Cass. crim., 9 septembre 1998, n° 97-86168, non publié au bulletin.

⁵⁵⁷V. sur ce point C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, op. cit., n° 52. L'auteur explique que « dans les années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, il était apparu que les dispositions de l'article 258 du Code pénal, alors seul en vigueur, ne pouvaient pas toujours suffire à réprimer les agissements de certains individus qui tentaient de tromper le public sur leurs qualité véritables et essayaient de faire croire qu'ils possédaient les titres ou avaient le droit d'exercer des fonctions pour lesquelles ils n'avaient pas reçu d'investiture officielle. C'est pourquoi le législateur avait estimé nécessaire d'établir, par des dispositions spéciales, demeurées non codifiées, des incriminations propres à compléter les moyens répressifs existants »

⁵⁵⁸V. sur ce point A. GALLOIS, *Contraventions contre la nation, l'état ou la paix publique (5ème classe) – Usurpation de fonction ou de titre de délégué ou de médiateur du procureur de la République*, J.-Cl. Pénal Code, fasc. 20, art. R. 645-8-1, 2013.

⁵⁵⁹L'article 20 de l'Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, renvoie expressément à l'article 433-17 du Code pénal.

⁵⁶⁰V. sur ce point Ph. CONTE, W. JEANDIDIER, *Infractions relatives au commissariat aux comptes et au commissariat aux apports*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, 2014, fasc. 110, n° 25 et s.

315. **Une protection large des fonctions publiques.** Dans la même logique que pour les signes symboliques de l'autorité publique, l'article 433-13 du Code pénal punit le fait d'exercer une activité dans des conditions de nature à créer dans l'esprit du public une **confusion avec l'exercice d'une fonction publique ou d'une activité réservée aux officiers publics ou ministériels**. Cet article prévoit des activités plus largement entendues que l'article 258-1 de l'ancien Code pénal qui sanctionnait l'exercice sans droit d'une activité réservée aux officiers publics ou ministériels⁵⁶¹.

Ainsi, est réprimé le fait de se réclamer d'une fonction publique inexistante. La Cour de cassation s'était prononcée dans un arrêt du 7 décembre 1900, quant à la sanction du prévenu qui se disait « inspecteur » et « inspecteur en chef » de la Sûreté à Paris, fonctions pourtant inexistantes, dans la mesure où il avait accompagné ses dires par des actes réservés aux fonctionnaires publics⁵⁶².

L'activité mentionnée par l'article 433-13 du Code pénal est entendue dans un sens plus large que les actes réservés au titulaire d'une fonction publique, nécessaire à la constitution de l'infraction prévue par l'article 433-12 du même Code. Cette prise en compte dans un texte spécifique permet donc d'étendre l'incrimination à **toute activité pouvant être confondue avec un acte ou une activité réservée**. Seront alors protégées d'une quelconque confusion les fonctions de policier⁵⁶³, notaires⁵⁶⁴, huissier⁵⁶⁵, etc. Tout individu qui ferait croire qu'il exerce une fonction publique notamment par des écrits ou des actes est alors susceptible d'être condamné, que la prétendue fonction existe réellement ou non.

Par ailleurs, l'agent pourra avoir laissé croire à l'exercice de plusieurs fonctions en même temps. Dans ce cas, les juges n'auront pas à choisir dans leur décision l'activité ayant entraîné une confusion, dans la mesure où au moins l'une d'entre elles en avait l'aptitude⁵⁶⁶.

⁵⁶¹Les professeurs MERLE et A. VITU dénoncent l'inutilité de l'article 258-1 de l'ancien Code pénal. En effet, selon eux, l'article 258 du même Code suffisait à réprimer tous comportements, dont ceux décrits par le premier texte, la jurisprudence ayant depuis longtemps étendu son application aux prévenus s'étant fait passer pour des fonctionnaires sans pour autant avoir accompli des actes réservés à la fonction publique. Mais la nouvelle rédaction met fin à cette critique (R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., 1997, n° 465).

⁵⁶²Cass. crim., 7 décembre 1900, B. crim. n° 362 ; S. 1904, 1, p. 512 ; DP 1901, 1, p. 512.

⁵⁶³V. par ex. Cass. crim., 14 juin 1861, B. crim. n° 121 ; S. 1961, 1, p. 1011 ; DP 1861, 1, p. 355 ; Cass. crim., 7 décembre 1900, B. crim. n° 362 ; S. 1904, 1, p. 374 ; DP 1901, 1, p. 512 ; Et plus récemment Cass. crim., 13 octobre 2009, n° 09-81.609, non publié au bulletin, concernant un militaire s'étant immiscé sans titre dans l'exercice de la fonction publique de policier en présentant une carte professionnelle barrée de tricolore et en faisant croire qu'il possédait les pouvoirs d'un fonctionnaire de police.

⁵⁶⁴Par ex. Cass. crim., 13 décembre 1894, B. crim. n° 315 ; DP 1898, 5, p. 647 ; S. 1896, 1, p. 249, note J.-A. ROUX.

⁵⁶⁵Cass. crim., 11 décembre 1962, B. crim. n° 368 ; Gaz. Pal. 1963, 1, p. 165.

⁵⁶⁶Cass. crim., 9 avril 2002, B. crim. n° 83. En l'espèce le prévenu a agi comme un commissaire de police ou un confrère d'huissier en effectuant des actes relevant de la compétence d'un agent de la force publique ou d'un officier ministériel.

2) *La protection des documents réservés à l'exercice d'une fonction publique*

316. **La ressemblance avec des documents officiels.** L'article 433-13 2° du Code pénal proscriit également l'usage par toute personne « de documents ou d'écrits présentant, avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires ou avec des documents administratifs, une ressemblance de nature à provoquer une méprise dans l'esprit du public ».

317. **Faux documents.** M. le Professeur RIBEYRE indique ainsi que « cette disposition pénale se justifie par la volonté d'atteindre plus efficacement certains agissements marginaux qui échapperaient » aux articles 433-12 et 433-13 1° du Code pénal. MERLE et VITU remarquent qu'« il arrive qu'au lieu d'imiter servilement les activités d'un officier ministériel, le prévenu, plus prudemment, a usé de formules écrites ne rappelant que d'assez loin celles dont se servent notaires et huissiers, de sorte qu'il ne trompe pas complètement les destinataires de ses actes sur la qualité exacte de leur rédacteur »⁵⁶⁷. Ainsi sont protégés indirectement les actes judiciaires et extrajudiciaires - repris directement de l'article 258-1 alinéa 2 de l'ancien Code pénal - et les documents administratifs – nouveauté du texte.

D'une part, **les actes judiciaires** sont ceux « que rédigent les greffiers et secrétaires-greffiers des juridictions judiciaires, ainsi que les greffiers et secrétaires-greffiers et secrétaires des juridictions administratives », « les actes que les huissiers rédigent en vue de procédures à venir ou dans le cadre de procédures en cours : congés, protêts, sommations, assignations, significations, actes d'exécution des décisions judiciaires »⁵⁶⁸.

D'autre part, **les actes extrajudiciaires** « visent l'ensemble des actes rédigés par les divers officiers ministériels (huissiers, notaires, commissaires-priseurs) sans lien direct avec des procédures devant des juridictions (constats variés, actes notariés de toute sorte, ventes publiques et adjudications...). Ces actes peuvent ne pas faire partie du monopole dont bénéficient ces officiers publics ou ministériels : peu importe, dès lors que, par leur intervention, ces personnes leur donnent une forme et une valeur juridique particulière »⁵⁶⁹.

318. **Utilité relative de l'alinéa 2 du texte de référence.** Toutefois, le Professeur Michèle-Laure RASSAT remarque justement que le texte commenté relèverait d'une maladresse. En effet,

⁵⁶⁷R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 468, p. 357.

⁵⁶⁸C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-12 et 433-13, fasc. 20, 2013, n° 11.

⁵⁶⁹Ibid.

« singer une fonction publique ou user d'un document qui présente des similitudes avec un document public, c'est **donner l'apparence d'une fonction que l'on n'a pas** et le fait que l'article 433-13 du Code pénal vise spécifiquement les documents n'ajoute rien »⁵⁷⁰. L'exercice d'une activité dans des conditions de nature à créer dans l'esprit du public une confusion avec l'exercice d'une fonction publique ou d'une activité réservée aux officiers publics ou ministériels devrait comprendre l'usage de documents ou d'écrits présentant, avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires ou avec des documents administratifs, une ressemblance de nature à provoquer une méprise dans l'esprit du public. L'auteur estime donc que l'alinéa 2 du texte doit être réputé non écrit. Car user d'un document public authentique représentatif de fonctions que l'on n'a pas, c'est déjà s'immiscer dans une fonction publique.

D'autant plus que les **documents administratifs** sont à entendre largement : ce sont ceux usités dans les administrations. Or l'alinéa 2 de l'article 444-3 du Code pénal prévoit déjà la contrefaçon ou la falsification des papiers à en-tête ou imprimés officiels utilisés dans les assemblées instituées par la Constitution, les administrations publiques et les juridictions, sans distinction selon l'ordre des juridictions. Les assemblées constitutionnellement instituées sont l'Assemblée nationale, le Sénat, les conseils généraux, régionaux et territoriaux. L'article 444-5 du même Code prévoit, quant à lui, la fabrication de ces marques de l'autorité si elles présentent une ressemblance et sont de nature à causer une méprise dans l'esprit du public.

Par ailleurs, le droit pénal protège également par le biais des incriminations de faux, les **documents ayant une certaine valeur probatoire**. L'article 441-1 du Code pénal garantit de manière générale l'écrit ou tout autre support de la pensée. Le législateur a ainsi étendu le domaine d'application du faux puisqu'il n'en limite pas les supports et qu'il peut s'agir d'un écrit papier ou imprimé, matériel ou immatériel. En outre, les articles 441-2 et 441-3 prévoient le faux dans un document administratif et l'article 441-4 dans une écriture publique ou authentique ou enregistrement ordonné par l'autorité publique.

319. L'article 433-17 du Code pénal protège également de l'usage sans droit l'ensemble des titres attachés aux professions réglementées par l'autorité publique, ainsi que les diplômes officiels et les qualités attribuées par ou sous le contrôle de l'État.

⁵⁷⁰M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1160, p. 1266.

Paragraphe 2 : La protection pénale des titres, diplômes et qualités officiels

320. Une distinction est établie entre les citoyens au regard de leur fonction, leur mérite ou leurs connaissances professionnelles, par une reconnaissance officielle de l'appartenance de certains d'entre eux à des groupes sociaux exerçant ou aptes à exercer certaines fonctions sociales. Ce qui justifie selon nous que nous considérions également dans ce paragraphe la protection complémentaire des professions et des qualités autres que celles réglementées par l'autorité publique.

Nous verrons la protection par l'article 433-17 du Code pénal des titres attachés aux professions réglementées (A), des diplômes officiels (B) et des qualités dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique (C).

A. La protection des titres attachés aux professions réglementées par l'autorité publique

321. **Double intérêt du texte de référence.** L'article 433-17 du Code pénal prévoit la protection de certains titres attachés aux professions réglementées par l'autorité publique. Pour MERLE et VITU, « la préoccupation du texte est de sanctionner celui qui aura « tromp[é] le public et, finalement, amoindri[t] la valeur des titres ou des diplômes officiels eux-mêmes »⁵⁷¹.

Il s'agit véritablement d'une atteinte à l'autorité de l'État, qui a seul le pouvoir de les attribuer, ces titres permettant notamment la distinction des citoyens en fonction de leur mérite professionnel. En outre, une telle tromperie peut également porter atteinte aux personnes qui croiraient par exemple en des compétences que ne posséderait pas l'usurpateur.

Dans ce sens, il existe un double intérêt de l'incrimination des usurpations de titres : d'une part, publique car seule la puissance publique peut les attribuer et d'autre part, privé car l'usurpation trompe le public sur les compétences de l'usurpateur.

Il convient donc de préciser la protection du titre attaché à une profession réglementée par diverses dispositions du législateur, parfois au-delà du texte de référence (1). Nous verrons que la protection des titres est à distinguer de celle des professions réglementées auxquelles ils sont attachés qui nous intéresse cependant car un exercice illégal peut *a priori* témoigner d'un comportement d'imitation (2).

⁵⁷¹R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 460, p. 358.

1) *La protection du titre officiel*

322. **Définition double du titre.** Nous rejoignons MM. VITU et RIBEYRE qui considèrent que « le législateur a estimé que certaines professions devaient être l'objet d'une réglementation officielle, soit en raison de leur importance sociale ou administrative particulière, soit à cause des exigences de compétence qu'il peut requérir des titulaires »⁵⁷². Le titre désigne donc « l'investiture officielle, le grade, l'habilitation ou le brevet auquel est subordonné l'exercice de certaines professions »⁵⁷³. Réciproquement, MERLE et VITU indiquent que « profession réglementée » désigne « ordinairement les professions que l'on ne peut exercer qu'en vertu d'une investiture officielle, d'un diplôme ou d'un brevet »⁵⁷⁴.

Ainsi, de manière générale, le titre professionnel n'est protégé qu'à la double condition qu'il renvoie à une profession bien précise et réglementée par l'autorité publique. Par exemple, dans une décision du tribunal correctionnel d'Agen du 27 juin 1990, les juges ont refusé la protection du titre d'évêque et de prêtre de l'Église catholique⁵⁷⁵.

323. **Exclusion de certains titres.** Concernant les ingénieurs, seuls les titres d'ingénieur agronome, agricole, horticole, des industries agricoles et alimentaires sont protégés⁵⁷⁶. Pour le reste, on ne relève aucune protection légale du titre d'ingénieur en général car ce dernier est libre en soi, comme le relève VITU et RIBEYRE⁵⁷⁷, sauf si l'individu se prévaut d'un titre « d'ingénieur diplômé de l'École Centrale de Paris » selon la chambre criminelle dans un arrêt du 20 novembre 2001⁵⁷⁸.

En revanche, sont exclus de la protection les titres de conciliateurs de justice, attribués à des personnes privées, ou encore de médiateurs (sauf du procureur comme nous l'avons vu précédemment)⁵⁷⁹. De même, les auxiliaires de justice ne peuvent prétendre à un titre car la désignation renvoie à des personnes aux statuts divers »⁵⁸⁰.

324. **Protection de nombreux titres.** Les juges pénaux ont rendu de nombreuses décisions

⁵⁷²A. VITU et C. RIBEYRE, *Usurpation de titres*, art. 433-17, J.-Cl. Pénal Code, fasc. 20, 2014, n° 4.

⁵⁷³Ibid.

⁵⁷⁴R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 470, p. 359.

⁵⁷⁵T. corr. Agen, 27 juin 1990, RSC 1991, p. 85, obs P. BOUZAT.

⁵⁷⁶Art. L. 815-3 C. rur.

⁵⁷⁷A. VITU et C. RIBEYRE, op. cit., n° 29.

⁵⁷⁸Cass. crim., 20 novembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. 54, note M. VERON.

⁵⁷⁹CA Paris, 1^{er} juillet 1985, Gaz. Pal. 1986. 1. 29, note J.-P. MARCHI.

⁵⁸⁰Comme le relèvent C. RIBEYRE et A. VITU, *Usurpation de titres*, op. cit., n° 29.

en matière de titres attachés aux professions judiciaires et juridiques (a), mais également dans d'autres domaines, notamment celui des professions médicales (b). Et dans la mesure où le titre renvoie à une profession susceptible d'être l'objet d'un comportement d'imitation, il nous semble utile de signaler certaines dispositions spéciales protégeant certains titres professionnels, au-delà de l'article général 433-17 du Code pénal.

a) La protection des titres attachés aux professions juridiques et judiciaires

325. Sous l'empire de l'article 259 alinéa 2 de l'ancien Code pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'étaient protégés les titres d'avocat-conseil⁵⁸¹, d'avocat à la Cour de cassation ou au Conseil d'État⁵⁸², d'expert agréé près d'une cour d'appel ou des tribunaux⁵⁸³, de conseil juridique⁵⁸⁴, d'huissier de justice⁵⁸⁵, de notaire⁵⁸⁶, de mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises, de mandataire près le tribunal de commerce⁵⁸⁷, etc. Ces titres sont protégés actuellement par l'article 433-17 du Code pénal.

Certains titres sont protégés par des dispositions spécifiques tel que le titre de délégué ou de médiateur du procureur de la République selon l'article R. 645-8-1 du Code pénal ou encore le titre de commissaire-priseur ou de courtier de marchandises assermenté au regard de l'article L. 131-19 du Code de commerce.

b) La protection des titres attachés aux professions de santé réglementées

326. La nécessité de garantir la confiance accordée par le public à d'autres professions, notamment médicales, a amené le législateur à les protéger contre toute usurpation. Le Code de la santé publique prévoit ainsi des dispositions renvoyant à l'article 433-17 du Code pénal. Par

⁵⁸¹Cass. crim., 11 mai 1971, D. 1971, 428, RSC 1971, 934, obs. A. VITU ; Cass. crim., 14 février 1991, JCP 91, IV, 194.

⁵⁸²Cass. crim., 29 janvier 1958, D. 1958, 44 ; Cass. crim., 11 octobre 1988, Gaz. Pal. 1988, I, somm. p. 80, note J.-P. DOUCET ; Cass. crim., 10 mai 1989, Dr. pén. 1990, n° 47.

⁵⁸³Cass. crim., 26 juin 1968, B. crim. n° 208, RSC 1969, 136, obs. A. VITU ; Cass. crim., 18 décembre 1979, B. crim. n° 366, RSC 1980, 709, obs. A. VITU ; Cass. crim., 27 mars 1996, pourvoi n° 95-83.081, B. crim. n° 141.

⁵⁸⁴Cass. crim., 11 avril 1991, Dr. pén. 1992, n°3, note M. VERON ; Cass. crim., 10 février 1993, Dr. pén. 1993, n°152.

⁵⁸⁵Cass. crim., 3 avril 1957, B. crim. n° 321.

⁵⁸⁶Cass. crim., 10 juillet 1968, B. crim. n°221 ; Gaz. Pal. 1974, 2, p. 233 ; JCP G 1968, IV, 156 ; RSC 1969, p. 136, obs. A. VITU.

⁵⁸⁷Cass. crim., 1^{er} février 2000, B. crim. n° 53.

ailleurs, d'autres textes prévoient la protection des titres de différentes professions médicales et paramédicales.

327. **Médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme.** L'ordonnance du 26 août 2005⁵⁸⁸ a harmonisé le dispositif répressif en matière d'usurpation de titres attachés aux professions de santé réglementées⁵⁸⁹. Ainsi, l'article L. 4162-1 du Code de la santé publique sanctionne l'usage, sans droit, de la qualité de médecin⁵⁹⁰, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme des mêmes peines prévues à l'article 433-17 du Code pénal, ce dernier texte étant de portée générale⁵⁹¹. L'article L. 4111-5 du Code de la santé publique sanctionne par ailleurs l'usurpation de titres étrangers. En revanche, l'article L. 6222-2 du Code de la santé publique ne considère pas la direction de laboratoires d'analyses médicales comme l'exercice d'une profession mais d'une fonction.

328. **Pharmacien.** L'article L. 4223-2 du Code de la santé publique renvoie également à l'article 433-17 du Code pénal⁵⁹², pour protéger le titre de pharmacien.

329. **Professions paramédicales.** L'ordonnance du 12 mai 2005 a permis l'intégration de textes spécifiques dans le Code de la santé publique renvoyant chacun à l'article 433-17 du Code pénal afin de protéger les titres de nombreuses professions paramédicales : infirmier⁵⁹³, masseur kinésithérapeute⁵⁹⁴, pédicure-podologue, ergothérapeute et psychomotricien⁵⁹⁵,

⁵⁸⁸Ord. n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et d'exercice illégal de ces professions.

⁵⁸⁹V. sur ce point L. DELPRAT, *Le nouveau régime disciplinaire et pénal de l'organisation des professions de santé*, Droit pénal n° 10, 2005, étude 12, n° 20. L'auteur considère bienvenue cette ordonnance dans la mesure où elle permet une harmonisation répondant à « une triple nécessité à la fois sociologique, juridique et de spécificité médicale. Sociologique car, au fil du temps, les rédactions du Code de la santé publique, renvoyant à l'article 433-17 du Code pénal, ont différé d'une profession à l'autre dans la définition de l'infraction, sans qu'aucune raison autre qu'historique ne justifie ces différences. [...] Juridique également, car cette insertion au sein du Code de la santé publique permet de mettre fin à l'absence de clarté due au système du renvoi au Code pénal, souvent usité en matière de « code pilote » et de « code suiveur », nuisant à la lisibilité des dispositions répressives et en conséquence au principe de la légalité des délits et des peines (en ce sens, L. DELPRAT, *La pénalisation du système sanitaire français*, Thèse, 2005). Raison de spécificité médicale enfin, car les conditions d'exercice professionnel en santé ne se limitent pas à la possession de diplôme officiels, mais font aussi état de certificats ou autres titres, français ou étrangers ».

⁵⁹⁰Par ex. Cass. crim., 12 janvier 2010, Dr. pén. 2010, comm. 47 obs. J.-H. ROBERT, comm. 45 obs. M. VERON.

⁵⁹¹En revanche, ne constitue pas une telle usurpation le fait de mentionner sur un devis, l'expression « chirurgie esthétique », ne référant pas le titre de chirurgien esthétique. V. Cass. crim., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-88.316 : JurisData n° 2011-025236 ; Gaz. Pal. 2012, 1, 302, note E. DREYER.

⁵⁹²Par ex. T. corr. Reims, 9 novembre 1931 : Gaz. Pal. 1932, 1, p. 6.

⁵⁹³Art. L. 4314-5 CSP.

⁵⁹⁴Art. L. 4323-5 CSP.

⁵⁹⁵Art. L. 4334-2 CSP.

orthophoniste⁵⁹⁶, préparateur en pharmacie⁵⁹⁷, orthoptiste, manipulateur d'électroradiologie médicale et technicien de laboratoire médical⁵⁹⁸, audioprothésiste⁵⁹⁹, opticien-lunetier⁶⁰⁰, prothésiste⁶⁰¹, orthésiste⁶⁰², diététicien⁶⁰³ et technicien de laboratoire ou encore directeur ou directeur adjoint de laboratoire d'analyses de biologie médicale⁶⁰⁴.

Par ailleurs, si la protection du titre de psychologue a longtemps été discutée, il est maintenant garanti par l'article 44 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985.

330. **Vétérinaire.** Les articles L. 815-3, L. 815-4 ainsi que R. 242-34 du Code rural et de la pêche maritime protège le titre de vétérinaire⁶⁰⁵.

331. La liste exhaustive de tous les titres attachés à des professions réglementées serait longue et fastidieuse, car le législateur comme la jurisprudence témoignent d'une volonté à garantir largement les titres contre l'usurpation. Parallèlement, ils veillent également à protéger les professions, notamment contre un exercice illégal qui certes, ne constitue pas toujours une atteinte à la puissance publique, mais n'en est pas moins punissable par son aptitude à tromper le public.

2) *La protection de la profession distincte de la protection du titre*

332. **Exercice illégal d'une profession.** Un individu commet l'exercice illégal d'une profession s'il accomplit, habituellement ou non et sans entrer dans ses conditions d'accès, des actes attachés à la profession. Or l'usurpation de titre s'accompagne souvent – mais pas toujours – de l'exercice illégal de la profession auquel il est attaché. Et là encore, dans la mesure où l'exercice illégal d'un métier peut évoquer l'imitation de gestes professionnels - ce qu'il conviendra de vérifier - il nous semble intéressant pour notre recherche de considérer la protection des professions, en la distinguant de la protection des titres.

⁵⁹⁶Art. L. 4344-5 CSP.

⁵⁹⁷Art. L. 4243-2 al. 1 CSP.

⁵⁹⁸Art. L. 4353-2 CSP.

⁵⁹⁹Art. L. 4363-3 CSP.

⁶⁰⁰Art. L. 4363-3 CSP.

⁶⁰¹Art. L. 4363-3 CSP.

⁶⁰²Art. L. 4363-3 CSP.

⁶⁰³Art. L. 4372-2 CSP.

⁶⁰⁴Art. L. 6222-2 CSP.

⁶⁰⁵Par ex. Cass. crim., 24 février 1927, B. crim. 1927, n°62.

333. ***Distinction entre usurpation de titre et exercice illégal d'une profession.*** Tout exercice illégal d'une profession ne s'accompagne pas d'une usurpation de titre et il est essentiel de distinguer les deux incriminations. Selon Mme le Professeur Caroline LACROIX, c'est « l'exigence tenant au défaut de titre qui permet de distinguer l'usurpation de l'exercice illégal de la profession »⁶⁰⁶. Et un individu détenteur d'un titre régulier peut se rendre coupable d'exercice illégal de la profession s'il sort par exemple des prérogatives que la loi lui attribue.

On comprend l'intérêt d'une telle réglementation si l'on considère que l'exercice illégal de profession est un empiétement dans un domaine de compétences réglementés, qui peut avoir des conséquences préjudiciables pour le public dupe se fiant à des aptitudes professionnelles fausses de l'agent. Le législateur a donc prévu de sanctionner de manière autonome les exercices illégaux de certaines professions.

334. ***Liste non-exhaustive de professions protégées.*** Au regard de la loi du 31 décembre 1971⁶⁰⁷, est sanctionné l'exercice illégal de la profession d'avocat. Le législateur a également prévu dans le Code de la santé publique de protéger les professions de médecin⁶⁰⁸, de dentiste⁶⁰⁹, de sage-femme⁶¹⁰ ou encore de pharmacien⁶¹¹. En effet, toutes ces professions sont soumises à des conditions tenant non seulement aux titres et diplômes, mais aussi à la nationalité et à l'inscription à un tableau de l'ordre. Par ailleurs, sont protégées les professions d'expert-comptable⁶¹² ou encore de banquier⁶¹³.

On conçoit l'intérêt de réprimer des comportements qui porteraient préjudice aux professionnels de ces métiers mais également à leur patientèle ou clientèle.

Par ailleurs, la loi protège également les diplômes officiels.

⁶⁰⁶C. LACROIX, *Usurpation de titres ou de fonctions*, Rép. pén., Dalloz, 2009, n° 47.

⁶⁰⁷ Art. 4 et 72 L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁶⁰⁸ Art. L. 4161-1 CSP.

⁶⁰⁹ Art. L. 416-2 CSP.

⁶¹⁰ Art. L. 4161-3 CSP.

⁶¹¹ Art. L. 4211-1 CSP.

⁶¹² Art. 20, alinéa 2, Ord. 19 septembre 1945, n° 45-2138 : « Exerce illégalement la profession d'expert-comptable ou de comptable agréé celui qui, sans être inscrit au tableau de l'ordre en son propre nom et sous sa responsabilité, exécute habituellement des travaux prévus par les deux premiers alinéas de l'article 2 ou qui assure la direction suivie de ces travaux, en intervenant directement dans la tenue, la vérification, l'appréciation ou le redressement des comptes ».

⁶¹³ Art. L. 511-5 C. monétaire et financier.

B. La protection des diplômes officiels

335. **Protection des diplômes français.** MM. VITU et RIBEYRE définissent le diplôme comme étant « l'acte qu'un corps officiel délivre à quelqu'un et par lequel il constate la dignité ou le degré conféré au récipiendaire »⁶¹⁴. Aujourd'hui, tous les diplômes officiels français, à savoir les diplômes universitaires (licence, maîtrise, doctorat) et ceux du cycle secondaire (brevet, baccalauréat), sont protégés par l'article 433-17 du Code pénal⁶¹⁵.

Les autres diplômes officiels, notamment dans le domaine sportif, sont également protégés au regard de dispositions spéciales. Tels sont les cas du diplôme de surveillant de baignade en piscine⁶¹⁶ ou celui de guide de montage⁶¹⁷ ou moniteur de ski⁶¹⁸. La jurisprudence s'est prononcée par ailleurs pour protéger l'exercice du judo et a considéré que nul ne peut se prévaloir d'un dan ou d'un grade équivalent dans les disciplines sportives relevant des arts martiaux s'il n'a pas été délivré par la commission spécialisée des dans et des grades équivalents de la fédération délégataire ou, à défaut, de la fédération agréée consacrée exclusivement aux arts martiaux selon un arrêté de 1999⁶¹⁹.

336. **Protection des diplômes étrangers.** L'article 433-17 du Code pénal garantit également la protection d'un diplôme étranger. Comme le relève justement MM. VITU et RIBEYRE, « le droit pénal français se doit de collaborer à la protection des intérêts publics étrangers lorsqu'ils manifestent leurs effets dans notre pays. Il va de soi que la prudence doit conduire les tribunaux français à vérifier l'origine des documents et des diplômes que l'on entend protéger, ainsi que les pouvoirs de ceux qui les ont délivrés : seuls les actes publics officiels méritent protection contre les usurpations, puisque l'article 433-17 ne fait mention que des diplômes officiels »⁶²⁰. Ainsi, les « titres et diplômes étrangers sont protégés s'ils ont été délivrés par les États membres de l'Union Européenne, et quand les titulaires peuvent exercer en France les professions correspondantes, en application des assimilations établies par les organes communautaires »⁶²¹.

⁶¹⁴A. VITU et C. RIBEYRE, op. cit., n° 5.

⁶¹⁵Alors qu'avant la jurisprudence s'est montrée quelque peu réservée à admettre certains diplômes tel que le celui de licence de lettres. Voir notamment T. corr. Meaux, 4 avril 1935, DP 1936. 2. 131, note M. NAST ; V. cependant Cass. crim., 22 décembre 1937, DH 1938, 119 ; Gaz Pal 1938. 1. 303.

⁶¹⁶Art. L. 322-7 C. du sport.

⁶¹⁷V. L. n° 48-267 du 18 février 1948 sur les guides de montagne (abrogée) ; V. Art. L. 212-2 C. sport.

⁶¹⁸V. L. n° 48-269 du 18 février 1948 sur les moniteurs de ski (abrogée) ; V. Art. L. 212-2 C. sport.

⁶¹⁹Cass. crim., 10 octobre 2006, B. crim. n° 245 ; JCP G 2007, II, 10043, note Y. GAUDEMET ; V. également solution réitérée Cass. crim., 18 novembre 2008, Dr. pén. 2009, comm. 21, obs. M. VERON.

⁶²⁰A. VITU et C. RIBEYRE, *Usurpation de titres*, op. cit., n° 32.

⁶²¹A. VITU et C. RIBEYRE, id., n° 8.

Ajoutons que les diplômes remis par des organismes privés sont exclus de la protection pénale.

Par ailleurs, le dernier objet de protection de l'article 433-17 du Code pénal est la qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique. Toutefois nous verrons que d'autres textes d'incrimination étendent la compréhension de la notion de qualité.

C. La protection de la qualité officielle

337. Une qualité « désigne d'ordinaire le titre qu'une personne tient de sa charge, de sa profession, de sa dignité, de sa naissance (on parle d'un « homme de qualité ») »⁶²². Au regard de cette définition, nous envisagerons au côté des qualités attribuées par ou sous le contrôle de l'État et protégées par l'article 433-17 (1), la protection de la qualité plus largement entendue par certains textes d'incrimination (2).

1) La protection des qualités attribuées par ou sous le contrôle de l'État

338. **Définition de la qualité officielle.** L'article 433-17 du Code pénal protège les qualités attribuées par l'État ou sous son contrôle. MERLE et VITU considèrent que le terme de qualité est assez vague car il renvoie au « titre qu'une personne se voit reconnaître par l'autorité publique, eu égard à certaines situations qui lui sont propres, et indépendamment de l'exercice d'une profession ou de la possession d'un diplôme : ainsi les qualités de membre de l'Académie française, d'ancien combattant ou de résistant »⁶²³. Mme Caroline LACROIX ajoute qu'il s'agit des titres « décernés par, ou sous, le contrôle de l'autorité publique en dehors de toute fonction de l'exercice d'une profession réglementée ou de tout diplôme »⁶²⁴.

339. **Liste non-exhaustive.** Tel est donc le cas de la qualité de déporté⁶²⁵, combattant volontaire de la Résistance⁶²⁶, membre de l'Institut, bâtonnier, Professeur émérite, doyen honoraire ou encore chercheur attaché au Centre national de la recherche scientifique⁶²⁷.

⁶²²A. VITU et C. RIBEYRE, *Usurpation de titres*, op. cit., n° 6.

⁶²³R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n°470, p. 359.

⁶²⁴C. LACROIX, *Usurpation de titres ou de fonctions*, op. cit., n° 34.

⁶²⁵Ou d'interné à la Résistance (Art. L. 272 à L. 277 du C. pens. mil.) ; ou d'interné politique (Art. L. 286 et L. 288 du C. pens. mil.).

⁶²⁶Art. L. 262 à L. 264 du C. pens. mil.

⁶²⁷Cass. crim., 28 juin 1978, D. 1979.

340. **Concernant les titres nobiliaires.** Si l'article 259 alinéa 3 de l'ancien Code pénal sanctionnait expressément l'usurpation de titre nobiliaire, il en est différemment aujourd'hui. En effet, d'une part, le législateur n'a pas repris cette disposition. D'autre part, les juges ont expressément considéré que l'article 433-17 du Code pénal n'englobait pas le titre nobiliaire⁶²⁸, même s'il s'agit effectivement d'une qualité, de noblesse française ou étrangère. Cela étant, une autre disposition pénale permet de sanctionner celui qui userait de qualités non attribuées par l'État, permettant ainsi d'élargir la protection des qualités.

2) La protection possible de qualités contre l'usage de fausses qualités

341. **Fausse qualité.** L'article 313-1 du Code pénal qui incrimine l'escroquerie prévoit l'usage d'une fausse qualité ou l'abus d'une qualité vraie dans la mesure où ils permettraient une remise par la victime trompée. La disposition ne définit pas ce que l'on doit entendre par qualité pour la constitution de l'infraction, la notion étant comprise de manière moins restrictive que dans l'article 433-17 du même Code.

342. **Exclusion de qualités.** Ne commet pas une escroquerie par usage de fausse qualité celui qui se déclare simplement de façon mensongère titulaire d'un droit réel ou personnel⁶²⁹. En effet, la simple affirmation fausse d'un droit ne saurait se confondre avec la prise illégale d'une qualité. En outre, pour que l'escroquerie soit constatée par ce moyen, il faut que l'agent ait commis des manœuvres frauduleuses rendant son mensonge crédible. Par conséquent, ne constitue pas une fausse qualité au sens de cette infraction le simple mensonge sur une qualité si la victime ne pouvait se laisser abuser⁶³⁰.

343. **Fausse qualité et remise.** Le mensonge sur la qualité doit permettre de conférer à l'escroc un certain crédit et donc une confiance particulière, voire lui permettre de dissimuler une qualité qui soulèverait la méfiance de la victime de la remise. La fausse qualité ne doit pas

⁶²⁸TGI Bordeaux, 17 février 2000, D. 2001. 2921, note E. AGOSTINI.

⁶²⁹V. par ex. Cass., crim., 15 juillet 1869, DP 1870. 1. 237 ; Cass. crim., 6 oct. 1980, D. 1981. IR 141, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Cass. crim., 6 avril 2011, D. 2011. 1141 ; D. 2011. 2823, obs. S. MIRABAIL ; D. 2012. 1701, obs. C. MASCALA.

⁶³⁰V. par ex. Cass. crim., 30 mars 2016, B. crim. n° 112.

correspondre à la réalité, qu'elle soit totalement ou partiellement inexacte⁶³¹, qu'elle n'ait jamais existé ou ait disparue. L'escroc pourra s'être attribué cette fausse qualité verbalement ou par écrit ou gestes, du moment que cela correspond à un acte positif.

Par ailleurs, la fausse qualité doit avoir déterminée la victime à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. Ainsi doit-il exister un lien de causalité entre le mensonge sur la qualité et la remise. Et enfin, un préjudice doit avoir été causé à la victime.

344. *Distinction entre usage de fausse qualité et usurpation de titre ou qualité officiels.*

Un auteur rappelle qu'« il ne faut pas confondre l'usage de fausse qualité, moyen d'escroquerie [...] avec le délit *sui generis* d'usurpation de titre ou de qualité »⁶³². La qualité entendue dans l'infraction d'escroquerie admet un sens plus large que dans celles prévues par l'article 433-17 du Code pénal et la jurisprudence témoigne d'une large conception de la fausse qualité dans la constatation de l'escroquerie, s'il est avéré que le mensonge a été trompeur pour la victime.

Cela étant, il ne s'agit en aucun cas d'admettre comme qualité une capacité physique ou intellectuelle, à moins que des conséquences juridiques s'y attachent⁶³³. Ainsi la qualité doit avoir un caractère juridique, et être utilisée par une personne morale ou physique, du moment qu'elle **se l'est attribuée personnellement**. Mme le Professeur Corinne MASCALA conçoit justement que « le mot qualité doit être envisagé en son sens naturel : il s'agirait alors de l'état des personnes tel qu'il résulte de la nationalité, de l'âge, du sexe, de la situation matrimoniale, de la profession »⁶³⁴. Il peut alors s'agir d'une qualité professionnelle ou d'une qualité personnelle.

345. *Fausse qualité professionnelle relevant d'un titre ou d'une qualité officiels.*

L'escroquerie peut reposer sur l'usage sans droit d'un titre ou qualité protégés par l'article 433-17 du Code pénal. Ainsi, l'escroquerie sera constituée si la remise a été déterminée par la déclaration mensongère de l'agent qui a déclaré être conseiller municipal⁶³⁵, militaire⁶³⁶, agent

⁶³¹Cass. crim., 18 juillet 1968, B. crim. n° 233.

⁶³²L. LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales*, Paris : Police-revue, 1968, p. 356.

⁶³³Cass. crim., 30 avril 2003, Dr. pén. 2003, comm. 119 obs. M. VERON.

⁶³⁴C. MASCALA, *Escroquerie*, Rép. pén., 2016, n° 37.

⁶³⁵Cass. crim., 23 février 1888, B. crim. n° 77.

⁶³⁶Cass. crim., 28 février 1889, DP 1890, 1, 44 ; Cass. crim., 25 juin 1942, B. crim. n°78.

de police⁶³⁷, avocat⁶³⁸, notaire⁶³⁹ ou magistrat⁶⁴⁰.

Dans ce cas, la qualité trouve protection dans les dispositions concernant l'infraction d'escroquerie comme dans celles qui prévoient l'usurpation de titre et qualité. Toutefois, c'est uniquement si elle a été utilisée comme moyen de l'escroquerie que la prise de fausse qualité entraîne un cumul idéal des deux infractions. Par conséquent, peuvent entrer en conflit de qualification l'usurpation de titre, l'escroquerie par usage d'une fausse qualité professionnelle et l'exercice illégal d'une profession.

Dans un arrêt du 8 février 1995⁶⁴¹, la prévenue pratiquait des actes de médecine en se présentant diplômée d'une Université, docteur en médecine, psychiatre, psychanalyste, sophrologue et iridologue. Différentes qualifications pénales étaient alors constatables, telles que l'exercice illégal de la médecine⁶⁴² et de la pharmacie⁶⁴³, l'usurpation de titre de médecin⁶⁴⁴ et enfin l'escroquerie⁶⁴⁵. Pourtant, les juges du fond n'ont retenu que l'escroquerie et l'exercice illégal de la médecine, notamment au regard de la plus ou moins grande sévérité des peines et du fait que c'était l'une des « clientes » et non l'ordre des médecines qui avait porté plainte. Ainsi n'était pas en cause la protection du titre de médecin. La Cour de cassation a considéré que « l'usurpation du titre de docteur en médecine n'étant pas un élément constitutif du délit d'exercice illégal de la médecine, et cette infraction n'exigeant pas de versement d'une rémunération, l'usage par le prévenu de la fausse qualité de médecin, pour obtenir la remise de sommes d'argent à titre d'honoraires, caractérise le délit d'escroquerie »⁶⁴⁶.

346. *Fausse qualité professionnelle ne relevant pas d'une qualité réglementée.* Puisque la fausse qualité est à entendre largement pour la constatation de l'escroquerie, l'agent peut avoir usé d'une qualité professionnelle non réglementée. La jurisprudence s'est ainsi prononcée à

⁶³⁷Cass. crim., 10 juillet 1862, B. crim. n° 167.

⁶³⁸Cass. crim., 30 juin 1990, B. crim. n°170 ; RSC 1999 p. 823 obs. R. OTTENHOF.

⁶³⁹Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-82968, non publié au bulletin.

⁶⁴⁰Cass. crim., 11 mars 2009, n° 08-84413, non publié au bulletin.

⁶⁴¹Cass. crim., 8 février 1995, B. crim. n° 61.

⁶⁴²Art. L. 376 CSP.

⁶⁴³Art. L. 517 CSP.

⁶⁴⁴Art. L. 378 CSP et 433-17 C. pén.

⁶⁴⁵Art. 313-1 C. pén.

⁶⁴⁶En revanche, si la fausse qualité de docteur en médecine avait été prise en vue de donner des soins à des malades et d'en obtenir des honoraires, il y aurait délit d'exercice illégal de la médecine. Lorsque l'individu se dit mensongèrement docteur en médecine pour se faire livrer des instruments de chirurgie à crédit, sans intention de les payer, le délit d'escroquerie est seul réalisé, et non le délit d'exercice illégal de la médecine (Cass. crim., 2 avril 1897, DP 1898, 1, 316 ; 17 juin 1948, JCP 1948, IV, 114).

l'égard de différentes professions dont celles d'inspecteur d'assurance⁶⁴⁷, de cultivateur⁶⁴⁸, de capitaine de navire⁶⁴⁹, de régisseur d'un particulier⁶⁵⁰, de banquier ou membre fondateur d'une banque⁶⁵¹, de rédacteur d'un journal⁶⁵², de marchand de tableaux⁶⁵³, d'architecte⁶⁵⁴, de ministre d'un culte⁶⁵⁵, etc.

L'infraction d'escroquerie pourra venir au secours de l'impossible qualification en usurpation de titre ou qualité ou d'exercice illégal de certaines professions, à la condition qu'il y ait remise ultérieure d'une chose par la ou les victimes.

347. **Qualités non-professionnelles.** Sous la même condition de remise, l'incrimination d'escroquerie pourra aussi s'appliquer pour l'usage de qualités non professionnelles. Nous ne saurions rapporter toutes les fausses qualités que peut s'attribuer un escroc. Il peut s'agir de qualités personnelles tel un faux lien de parenté par lequel l'agent prétend être membre de la famille d'un militaire blessé⁶⁵⁶, mère d'un soldat décédé alors que son fils était déserteur⁶⁵⁷, veuve d'un ancien fonctionnaire⁶⁵⁸, femme d'un homme déjà marié⁶⁵⁹. Aussi l'article 313-1 du Code pénal peut pallier les limites posées par l'article 433-17 puisque sera constituée l'escroquerie lorsque l'agent se sera prétendu détenteur d'un titre de noblesse pour obtenir une remise⁶⁶⁰.

348. **Pour conclure sur la protection des signes, fonctions et titres, diplômes et qualités.** Le législateur offre ainsi un large panel de dispositions permettant de protéger des attributs symboliques d'un individu, qu'ils soient relatifs à ses titres, diplômes ou qualités ou

⁶⁴⁷Cass. crim., 9 avril 1857, B. crim. n° 144.

⁶⁴⁸Cass. crim., 17 novembre 1945, JCP 1946, IV, 35.

⁶⁴⁹Cass. crim., 4 février 1858, DP 1858, 5, 164.

⁶⁵⁰Cass. crim., 10 mai 1912, B. crim. n° 263.

⁶⁵¹Cass. crim., 30 octobre 1903, B. crim. n° 350.

⁶⁵²T. corr. Seine, 5 décembre 1911, DP 1912, 2, 81.

⁶⁵³Cass. crim., 17 octobre 1947, JCP 1947, IV, 206.

⁶⁵⁴CA Paris, 1^{er} décembre 1966, D. 1957, 203.

⁶⁵⁵T. corr. Lisieux, 5 septembre 1979, JCP 1980, II, 19308 ; Cass. crim., 11 octobre 1966, JCP 1966, II, 15897, D. 1967, somm. 19.

⁶⁵⁶CA Dijon, 3 novembre 1915, DP 1916, 2, 31.

⁶⁵⁷Cass. crim., 10 décembre 1926, DP 1927, 67.

⁶⁵⁸Cass. crim., 28 décembre 1912, B. crim. n° 686. En revanche, dans un arrêt du 18 juillet 1963, la Cour de cassation a considéré que la femme qui affirmait être « veuve vivant seule » en produisant à une caisse d'allocations familiales des certificats de non-concubinage ne se prétendait pas d'une fausse qualité au sens de l'escroquerie. La jurisprudence entend parfois plus restrictivement la qualité personnelle. En réalité, il semble surtout que la qualité doit être suffisamment crédible pour pouvoir être considérée comme constituant une escroquerie (Cass. crim., 18 juillet 1963, B. n° 260).

⁶⁵⁹Cass. crim., 8 août 1867, DP 1868, 1, 41.

⁶⁶⁰Par ex. Cass. crim. 14 oct 1853, B. crim. n° 511.

qu'ils renvoient à sa fonction ou à ses compétences professionnelles.

Nous pouvons maintenant examiner la manière dont le droit constate et incrimine des comportements d'usurpations portant sur ces attributs symboliques, pour déterminer si l'on retrouve des critères d'appréciation caractéristiques de l'imitation d'un personnage.

SECTION II : L'INCRIMINATION DE L'IMITATION D'UN PERSONNAGE

349. Ainsi qu'il a été établi, les individus appartenant au même groupe social partagent entre eux des savoirs, savoir-faire et savoir-être qu'ils se transmettent par imitation les uns les autres⁶⁶¹. En cela ces groupes d'appartenance sont également des groupes de référence pour leurs membres, légitimant une imitation mutuelle et l'acquisition d'habitudes de comportements communs. Si le groupe est composé des individus exerçant la même fonction ou la même profession le comportement d'imitation correspondra par exemple à la transmission du métier⁶⁶². Tous les membres d'un groupe incarnent le même personnage dont les attributs symbolisent leur appartenance au groupe.

Il arrive qu'un individu veuille s'insérer dans un groupe de son propre chef. Il s'en approprie par imitation les attributs symboliques, qui peuvent être une manière de se vêtir ou d'agir mais aussi des prérogatives, des pouvoirs ou des rôles sociaux. On peut parler d'**imitation unilatérale d'un personnage** dans le sens où c'est la volonté de l'individu qui détermine son comportement d'imitation.

Or certains attributs symboliques sont protégés spécifiquement par le droit pénal. Leur possession est soumise à une habilitation par l'autorité publique qui seule permet d'entrer ou de demeurer dans un groupe protégé pénalement. C'est-à-dire que la loi n'autorise pas l'usage sans droit de certains signes ou documents officiels, de titres, qualités ou diplômes, et sanctionne l'exercice sans droit des fonctions publiques et des professions réglementées par l'autorité publique.

Certains textes d'incriminations nous paraissent donc pouvoir sanctionner spécifiquement des imitations unilatérales de personnages. Pour le démontrer, il convient de vérifier si les critères cumulatifs d'un comportement d'imitation se retrouvent parmi les

⁶⁶¹V. *supra* n° 277.

⁶⁶²V. sur ce point S. DIVAY, F. LEGENDRE, *Les dessous cachés de la transmission du métier de soignante*, « *La transmission du métier* », Sociologie, Dossiers, [mise en ligne le 7 mars 2014, consulté le 3 novembre 2016]. Les auteurs évoquent dans leur article plus particulièrement le métier de soignante.

éléments constitutifs nécessaires à la caractérisation de certaines infractions d'usurpation et d'exercice illégal de profession.

Dans cette section, nous nous attacherons à analyser, au regard du concept d'imitation, le port ou l'usage illégal de signes officiels (I), l'usurpation de fonctions (II), l'usurpation de titres (III), ainsi que l'exercice illégal d'une profession (IV). Par défaut de parallélisme de ces textes d'incriminations dans le Code pénal, nous avons choisi de les présenter successivement.

I. L'imitation de personnage par le port ou l'usage public et sans droit de signes officiels de l'autorité publique

350. Le législateur a prévu deux catégories de dispositions en matière d'utilisation, de port ou d'exhibition illégaux de signes de l'autorité publique. En effet, il s'agit de l'utilisation soit de véritables signes soit de signes ressemblants aux originaux⁶⁶³. Ces deux actes sont le fait d'individus qui se comportent comme s'ils étaient autorisés à porter ou user certains signes officiels. Nous verrons dans un premier temps comment les textes d'incrimination sanctionnent un comportement d'imitation unilatérale de personnage publics (Paragraphe 1) dont nous étudierons plus particulièrement l'élément intentionnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par port ou usage de signes officiels

351. *Elément matériel des infractions selon l'objet utilisé par l'agent.* L'élément matériel des dispositions des articles incriminant l'imitation d'un personnage diffère simplement suivant que les objets utilisés sont des originaux ou non⁶⁶⁴. En effet, d'une part, l'article 433-14 du Code pénal sanctionne l'individu qui aura usé de véritables signes de l'autorité publique sans y avoir

⁶⁶³Certains auteurs parlant d'imitation de signes tel que A. BOUZON-ROULLE ou encore C. RIBEYRE, en s'attachant au versant matérielle de la définition de l'imitation. Nous n'utiliserons pas ce terme pour définir l'objet ressemblant dans la mesure où il risquerait d'entraîner une confusion.

⁶⁶⁴Nous étudierons les articles prévus par le Code pénal. Toutefois, le législateur a prévu d'autres textes spéciaux de port et d'usage, tels que l'article L. 322-15 du Code de justice militaire qui sanctionne toute personne embarquée, qui porte publiquement des uniformes ou des costumes français, sans en avoir le droit ou encore l'article R. 173 du Code de la Légion d'honneur le fait pour un citoyen français de porter, sans droit, une décoration conférée par une puissance souveraine étrangère.

été autorisé⁶⁶⁵. D'autre part, les articles 433-15, R. 643-1 et R. 645-1 du même Code sanctionnent celui qui aura usé de simples signes ressemblants aux originaux⁶⁶⁶.

La matérialité de l'acte ne diffère donc pas selon que le signe officiel soit vrai ou faux. En effet, il semble de prime abord créer une apparence illusoire dans les deux situations (A). En revanche, l'illusion peut être plus ou moins combattue en fonction de la véracité du signe. C'est pourquoi le législateur n'a pas la même évaluation de l'aptitude du comportement de l'agent à créer une méprise, selon que les signes officiels utilisés par l'agent sont originaux ou ressemblants (B).

A. La création d'une apparence illusoire par le port ou l'usage publics d'un signe officiel vrai ou faux

352. Les textes d'incriminations en matière de port ou d'usage de signes réservés à l'autorité publique sanctionnent la création d'une apparence illusoire (1), notamment parce qu'elle est publique (2).

1) ***Matérialité de l'acte : la création d'une apparence illusoire par la reproduction d'un personnage porteur d'un attribut symbolique***

353. ***Identité de l'acte matériel des infractions de contrefaçon et de ressemblance.*** Que le signe soit véritable ou simplement ressemblant, la matérialité de l'acte prévue par les différentes incriminations est identique. Il s'agit toujours d'actes positifs. L'individu en imitant celui qui a le droit de porter ou d'user de tels signes crée une apparence illusoire.

Ainsi concernant un costume, un uniforme ou une décoration⁶⁶⁷ l'agent devra s'en être vêtu, peu importe que la tenue ait été portée de manière complète ou non⁶⁶⁸. Ne saurait suffire en effet à entrer dans une imitation, la personne qui ne fait que tenir à la main une veste de

⁶⁶⁵Est sanctionné par l'article 433-14 du Code pénal le port de costume, uniforme, insigne ou décoration réglementée par l'autorité publique.

⁶⁶⁶Est sanctionné le port de costume, uniforme, insigne ressemblant à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires (Art. 433-15 C. pén.) ; le port de costume, uniforme ou insigne ressemblant à ceux réglementés par l'autorité publique (R. 643-1 C. pén.) ; l'exhibition entre autres un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant ceux portés par des criminels de guerre (Art. R. 645-1 C. pén.).

⁶⁶⁷On peut toutefois remarquer que les décorations visées par le texte sont les seules véritables, et non les décorations ressemblantes.

⁶⁶⁸T. corr. Orléans, 20 janvier 1932, préc.

costume officiel.

Concernant les autres signes protégés par les articles 433-14 et 433-15 du Code pénal, l'imitateur devra avoir usé d'un document ou d'un insigne ou utilisé un véhicule dont les signes extérieurs sont identiques ou ressemblants à ceux utilisés par les fonctionnaires de la police nationale ou les militaires. Si l'usage et l'utilisation sont à entendre largement, il s'agira bien là pour l'agent de créer une situation d'illusion. Effectivement, par l'utilisation illicite d'un véhicule de police par exemple, l'agent peut paraître aux yeux du public être un policier, ce qui ne correspond pas à la réalité. Il produit ainsi nécessairement une image erronée de lui-même.

A travers ces actes positifs, l'imitateur crée une réalité fausse : une apparence d'être ce qu'il n'est pas. Par ailleurs, une telle apparence illusoire est confortée du fait qu'elle est publique.

2) *Une apparence illusoire publique*

354. **Publicité du port ou de l'usage du signe.** Parce qu'ils sont éminemment symboliques, le législateur a érigé en condition à la caractérisation du port ou de l'usage illégal des signes de l'autorité publique, vrais ou faux, leur publicité ou leur exhibition⁶⁶⁹. Ce qui signifierait qu'*a priori*, l'individu qui imite, sans droit mais dans un lieu privé, celui qui peut porter ou user de tels signes n'entre pas dans le champ pénal. Or, comme le remarque un auteur, en l'absence de précision quant aux conditions de la publicité, « le législateur a voulu réprimer le port ou l'usage illégal, non seulement dans un lieu public au sens juridique du terme, mais aussi dans tout endroit où se trouvent réunies plusieurs personnes »⁶⁷⁰. Pour cette dernière situation, un arrêt est venu préciser ce que l'on doit entendre par réunion. En effet, en 1936, il a été jugé par le tribunal correctionnel de Seine qu'un individu qui assistait aux funérailles du Général DUBAIL, en revêtant un uniforme de fantaisie de général italien et portant de surcroît des décorations étrangères que la Grande Chancellerie de la Légion d'honneur lui avait interdit de porter s'était rendu coupable du délit de port illégal⁶⁷¹. L'argumentation du prévenu tenant à affirmer que la cérémonie était privée du fait qu'elle invitait les invalides sur invitation personnelle fut rejetée car il s'agissait d'une cérémonie solennelle, pendant laquelle étaient présents des personnalités

⁶⁶⁹Une remarque est à faire cependant concernant l'article R. 643-1 du Code pénal qui, dans sa rédaction, semble ne viser que les costumes ou uniformes. Toutefois, notamment pour des raisons de complémentarité liant les différents articles en la matière, il semble que le législateur ait souhaité exiger la publicité dans toutes les hypothèses, pour tous les signes de l'autorité publique.

⁶⁷⁰A. BOUZON-ROULLE, op. cit., n° 22.

⁶⁷¹T. corr. Seine, 9 décembre 1936, S. 1937, 2, 133 ; Gaz. Pal. 1937, 1, p. 555

françaises et étrangères, ce qui la rendait nécessairement publique.

355. ***Port ou utilisation privée du signe.*** Ainsi faut-il comprendre que l'utilisation de signes de l'autorité publique, vrais ou faux, dans un cercle purement privé - tel qu'au domicile - permet d'échapper à la répression de l'utilisateur, peu importe l'aptitude à tromper ou non un public dupe dans ce lieu, peu importe l'existence d'un droit. L'individu, par exemple, qui porte lors d'un bal costumé privé, non solennel, un costume ressemblant à ceux d'un policier ne pourra être poursuivi pour port illégal. En revanche, si le lieu est ouvert et accessible au public, le délit est envisageable. Il appartiendra au juge alors d'apprécier le caractère public du lieu de l'utilisation. Il faudra également rechercher que le comportement puisse créer une méprise, autrement dit une illusion apte à tromper.

B. La preuve de l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public : nécessité d'une apparence illusoire apte à tromper

356. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public diffère selon que les signes exhibés sont véritables ou non. Ainsi, il semble que le législateur pose une présomption de l'aptitude du comportement à créer une méprise dans l'esprit du tiers lorsque l'imitateur utilise de véritables signes (1). En revanche, il impose en cas de faux signes d'apporter la preuve quant à cette aptitude (2).

1) *La présomption de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-reproduction par l'utilisation de signes véritables*

357. ***Imitation-reproduction.*** Certains auteurs⁶⁷² réservent le qualificatif « d'imitation » aux seules infractions où le signe est simplement ressemblant⁶⁷³, en les différenciant de l'infraction prévue par l'article 433-14 du Code pénal où le signe officiel utilisé est un original. Cela revient, d'après nous, à réduire l'analyse du comportement d'imitation aux seuls moyens, et objets utilisés par l'imitateur ; ou encore, pour qualifier un comportement d'imitation, à ne considérer

⁶⁷²V. notamment A. BOUZON-ROULE, *Uniforme – Costume*, Rép. pén., 2014, n° 30 et s. ; C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, art. 433-14 à 433-16, J.-Cl. Pénal Code, 2013, fasc. 20, n° 5, 49 et 54.

⁶⁷³Art. 433-15, R. 643-1 et R. 645-1 du C. pén.

que son résultat.

Or, d'un point de vue subjectif et personnel, l'article 433-14 du Code pénal sanctionne bien un comportement d'imitation et plus exactement une **imitation-reproduction** si l'on considère que l'agent crée, avec de **vrais moyens** - des signes officiels - une fausse réalité mais qui paraît identique. Autrement dit, il crée une **apparence de la réalité**.

358. *Présomption de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.* Étant donné que le signe réglementé par l'autorité publique est véritable, la relation symbolique entre le signifié - le personnage légitimé par l'autorité publique - et le signifiant - le signe - est étroite, et le risque de méprise important. Par conséquent, la preuve de l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public n'a pas à être rapportée, car elle est une évidence. Cette aptitude doit être comprise comme une **présomption irréfragable**. Il n'est donc pas possible pour l'imitateur de se défendre en démontrant l'absence de méprise dans l'esprit d'un tiers suite à son comportement.

Dans cette infraction matérielle, il convient seulement de prouver que l'imitateur n'a aucune légitimité à porter ou user publiquement de tels signes⁶⁷⁴. La simple imitation illicite suffit à la constatation de l'élément matériel de l'infraction. Un individu n'a pas à « se faire passer pour » ou « agir comme » un personnage porteur de signe officiel alors qu'il n'a aucun droit.

L'autorité publique conditionne l'imitation à une autorisation. Si l'habilitation est inexistante, l'imitation est illicite. Ainsi l'usage ou le port du signe est-il illicite dès lors que l'individu ne remplira pas ou plus les conditions légales ou réglementaires légitimant celui-ci.

359. *Port incomplet du costume ou de l'uniforme.* De même, si peu de décisions ont été rendues en ce sens⁶⁷⁵, le port incomplet est également réprimé, du moment qu'il s'agit d'une partie d'un véritable costume ou uniforme. Car certaines pièces d'une tenue symbolisent à elles-seules les prérogatives de l'exercice de la puissance publique. Par conséquent, on peut penser que le port sans droit de tels signes possède un **fort pouvoir suggestif**, pouvant dans certaines circonstances causer une méprise dans l'esprit du public. Par ailleurs, eu égard au caractère officiel et représentatif de l'autorité publique du signe, il est concevable que le législateur ait souhaité consacrer son usage. Or le port d'une partie d'un costume ou uniforme par un individu

⁶⁷⁴Ce qui rompt avec l'ancienne rédaction de l'article 259 du Code pénal qui sanctionnait le port seulement lorsque le costume « n'appart[enait] pas » au prévenu.

⁶⁷⁵V. anciennement T. corr. Orléans, 20 janvier 1932, préc. Une danseuse de cabaret a été condamnée pour avoir revêtu la tunique et la casquette du client officier.

autre qu'un représentant de la force publique contribue à donner l'illusion qu'il s'agit d'un accessoire « quelconque », en rompant le lien sacré établi entre objet et valeur expressément protégée. Une telle pratique contribue en outre à entraîner une confusion entre un personnage public et un particulier en niant le droit exclusif du premier à bénéficier de certaines prérogatives consacrées par le législateur. Il y a là une confusion des rôles qui banalise la valeur symbolique du signe, et un risque de méprise dans l'esprit du public⁶⁷⁶.

Ainsi le législateur réprime-t-il, sans la nommer, directement l'imitation quelles qu'en soient ces conséquences. Ou, plus exactement, il **sanctionne l'effet potentiel et immédiat de l'imitation-reproduction, la création d'une illusion, aux yeux du public observateur, même si une partie seulement du costume ou de l'uniforme est porté.**

Plusieurs situations sont alors envisageables. D'une part, l'autorisation peut être inexistante, avoir disparue ou être suspendue. D'autre part, l'usage peut être irrégulier malgré une autorisation existante.

360. ***Inexistence de droit.*** Il est possible qu'un individu porte ou utilise un signe officiel alors qu'il n'en a jamais obtenu le droit. Ici, le risque de méprise est total puisque le public peut créditer l'imitateur de compétences et de prérogatives qu'il ne possède absolument pas.

La constatation de l'inexistence du droit à détenir des signes officiels de l'autorité publique ne pose pas de réelle difficulté. En effet, le pouvoir d'attribuer de tels attributs appartenant seulement à la puissance publique, certaines formalités sont requises pour prétendre à l'utilisation ou au port de ces signes⁶⁷⁷. Si celles-ci sont inexistantes, le droit l'est tout autant.

361. ***Disparition du droit ou suspension du droit.*** Par ailleurs, un individu peut utiliser un signe réglementé alors que son droit d'en faire usage a disparu ou a été suspendu,

⁶⁷⁶Nous ne saurions donc être aussi catégorique que GARRAUD qui considère qu'un costume véritable est un vêtement complet. Selon nous, il importe peu que le port soit entier ou non, mais davantage que le signe soit suffisamment symbolique pour attester de la possession d'une qualité officielle. Il est clair qu'il peut être argumenté qu'un port incomplet ne risque pas de causer de réelle méprise dans l'esprit du public, tel que le port du képi par exemple. Mais dans la mesure où le signe est représentatif d'une qualité officielle, peu importe les circonstances dans laquelle s'inscrit l'imitation, ce risque de méprise est à présumer de manière abstraite puisqu'il existe une confusion des rôles du personnage et du particulier. L'appréciation du risque devrait donc être réalisée *in abstracto*. (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., t. 3, p. 656 et s.)

⁶⁷⁷A. BOUZON-ROULLE (*Uniforme – Costume*, op. cit. n° 18), A. VITU et C. RIBEYRE (*Usurpation de titres*, op. cit., n°36 et s.) pour lesquels il reviendra au prévenu de prouver l'existence de droit, autrement dit de formalités ou d'autorisation, tel que le fait d'avoir prêté serment pour pouvoir porter la robe d'avocat, ou encore telle la délivrance d'une décoration par une autorité publique (existence d'une décision de la puissance publique). Pour M.-L. RASSAT (*Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1165), c'est au ministère public de le prouver, l'existence du droit étant un élément constitutif de l'infraction. L'auteur comprend mal que la charge de la preuve de la régularité pèse sur le prévenu.

momentanément ou non⁶⁷⁸. Il peut s'agir de la personne qui démissionne, qui est destituée, qui perd une décoration ou encore qui est radiée de sa fonction mais qui continue à user ou porter les attributs symboliques de celle-ci. Dans ce sens, le tribunal correctionnel d'Alger a condamné un avocat continuant à se présenter en robe pour plaider devant le tribunal de commerce alors même qu'il avait été rayé du tableau⁶⁷⁹. En continuant à exercer malgré l'interdiction, et même s'il conservait des compétences de fait du métier, cet homme abusait gravement sa clientèle, le tribunal, et le public qui, au vu de la robe symbolisant une profession, risquait de le prendre pour un personnage qu'il n'était pas⁶⁸⁰.

362. **Existence de droit mais usage irrégulier.** Enfin, un individu peut user ou porter de manière irrégulière un signe réglementé. Par exemple, un policier n'a pas le droit de porter son uniforme en dehors de ses heures de service et s'il passe outre cette règle, il commet un usage irrégulier du signe symbolique de sa fonction⁶⁸¹.

En dehors du service, un policier redevient un particulier qui ne peut arborer certains signes sans créer une apparence qui risque d'être trompeuse et de créer une méprise dans l'esprit du public. Se faisant passer pour ce qu'il n'est pas à ce moment-là, son comportement relève d'une imitation illicite.

Remarquons que l'article 259 de l'ancien Code pénal concernait plutôt les costumes, uniformes, véhicules, voir les documents (mais non les emblèmes ou décorations) et entendait sanctionner la personne qui portait ou usait de signes ne lui appartenant pas. *A contrario*, si les signes lui appartenaient, leur utilisation en dehors de ses heures de service n'entraînait pas

⁶⁷⁸V. C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-14 à 433-16, 2013, fasc. 20, n° 32. Les articles R. 89 et suivants du Code de la légion d'honneur prévoient des causes de suspension et d'exclusion. Selon l'alinéa 1 de l'article R. 90, peuvent être exclues de l'ordre de la Légion d'honneur « toute personne qui a perdu la qualité de Français » ou encore, au regard de l'article R. 92, « toute personne qui a fait l'objet d'une condamnation à une peine correctionnelle ». L'exclusion interdit définitivement le port de toute décoration française ou étrangère ressortissant à la Grande Chancellerie de la Légion d'honneur. Par ailleurs, les articles R. 93 à R. 95 prévoient les diverses situations pour lesquelles peut être prononcée une suspension telle que le placement en redressement ou liquidation judiciaire. La suspension entraîne l'interdiction provisoire du port du signe litigieux.

⁶⁷⁹V. par ex. T. Corr. Alger, 5 mars 1898, S. 1898, 2, p. 287 ; DP 1899, 2, p. 33.

⁶⁸⁰Une telle situation est particulière car on peut se demander si l'individu, exhibant des signes qu'il n'a plus le droit de porter, n'agit pas davantage dans une imitation réitérative (de soi ou plutôt de ce qu'il a été) que dans l'imitation d'un personnage. Or le personnage, nous l'avons vu, renvoie ici à un rôle, social, professionnel, réglementé par la loi. Et c'est bien ce rôle que l'imitateur feint d'avoir encore le droit d'incarner, créant une illusion dans l'esprit du public.

⁶⁸¹Comme précédemment, il est possible de se demander si l'infraction ne constitue pas une simple imitation de soi. Mais là encore il faut rappeler qu'incarner un personnage investi de l'autorité publique, c'est avoir été autorisé à adopter des attributs symboliques d'un groupe d'appartenance, selon un modèle à imiter uniquement au moment où l'on détient réellement le pouvoir de l'autorité publique.

sanction⁶⁸². Il en est différemment aujourd'hui avec la nouvelle rédaction de l'article 433-14 du Code pénal. En effet, il est question de sanctionner tout individu qui aura utilisé un signe sans droit, donc également celui à qui il appartient, s'il l'a utilisé dans des conditions autres que celles fixées par la loi ou le règlement. On peut voir dans cette nouvelle rédaction la volonté du législateur de sanctionner non pas tant le port sans droit n'ayant jamais existé mais bien plutôt l'illusion pouvant être trompeuse que le port peut entraîner en dehors de tout droit actuel.

363. *Pour conclure sur l'apparence illusoire créée par usurpation de fonction.* Cette disposition a pour finalité de poursuivre celui qui aura créé l'apparence illusoire pour le public de se trouver en présence d'un personnage investi de l'autorité publique, au moyen de l'utilisation de véritables signes réglementés. L'imitateur est sanctionné car il crée une apparence de la réalité, qui n'a jamais ou n'existe plus, ou encore n'existe pas au moment du port ou de l'utilisation des signes. La présomption irréfutable de l'aptitude du comportement à créer une méprise dans l'esprit du public nous semble justifiée. Car le port et l'usage de signes véritables, entier ou en partie, induisent d'emblée la méprise dans l'esprit du public qui se fie à l'apparence créée paraissant identique à la réalité. Pour établir l'infraction, il suffira alors de constater l'absence de droit actuel au moment du port ou de l'usage du signe. Si l'imitation d'un personnage est autorisée, l'imitation sans droit ne l'est pas. De plus, l'imitation par l'utilisation de signes faux mais ressemblants l'est tout autant.

2) *La recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires*

364. *Infraction de ressemblance.* L'article 433-15 du Code pénal sanctionne « une imitation approchée, suffisante pour créer une méprise dans l'esprit du public »⁶⁸³. Nous rejoignons M.

⁶⁸²Toutefois, on a pu constater des solutions quelque peu contradictoires. En effet, dans une décision du 27 janvier 1889, le tribunal correctionnel de la Seine a acquitté un officier de réserve qui avait assisté à un bal revêtu de son uniforme militaire, en dehors de son service (T. corr. Seine, 27 janvier 1889, La loi, 29 janvier 1889). A l'inverse, le tribunal correctionnel de Remiremont, dans une décision du 19 décembre 1894 a condamné le soldat réserviste qui avait également assisté à un bal en revêtant son uniforme, en dehors de son service (T. corr. Remiremont, 19 décembre 1894, La loi, 13 janvier 1895). A. BOUZON-ROULLE remarque sur ce point que la doctrine, également, semblait être partagée, la majorité des auteurs estimant que le comportement « constituait une contravention aux règlements militaires, mais non pas un délit pénal » (A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme - Costume*, op. cit., n° 19).

⁶⁸³C. RIBEYRE, *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal Code, art. 433-14 à 433-16, 2013, fasc. 20, n° 49.

le professeur RIBEYRE qui considère que le fait de porter un costume ressemblant est moins grave que celui de porter un véritable costume « dans la mesure où [les faux costumes] offensent moins directement les prérogatives de l'autorité publique »⁶⁸⁴.

D'un point vue comportemental, les infractions que nous nommons « **de ressemblance** »⁶⁸⁵ renvoient à des comportements d'imitation en ce que leur auteur donne l'illusion d'être ce qu'il n'est pas en portant ou usant de **signes faux mais ressemblants**. Toutefois, par exception, seul le port illégal d'une décoration véritable est prévu par le législateur. Ainsi, un individu qui porterait une fausse décoration, même ressemblant à une originale, ne saurait être poursuivi.

365. **Imitation-simulacre.** Dans ces infractions « de ressemblance » - l'auteur ne portant ou n'utilisant pas de véritables signes - il ne s'agit pas d'une imitation-reproduction, mais d'une **imitation-simulacre**. En effet l'agent crée avec de **faux moyens** – les signes étant faux – une **apparence de réalité**. Autrement dit, il crée une apparence imparfaite de la réalité.

A priori, toute imitation n'est pas illicite, surtout si elle est « imparfaite ». En effet, si l'apparence s'éloigne grandement de la réalité, il y a peu de risque qu'elle entraîne une méprise. Mais il en est autrement si l'illusion créée laisse croire à la véracité de l'apparence, car le risque de méprise est alors important pour un public observateur. Dans le premier cas, il n'y a pas lieu de poursuivre, dans le second, l'imitation d'un personnage devient illicite.

Ainsi, convient-il d'établir un critère permettant de définir le seuil entre imitation-simulacre licite et imitation-simulacre illicite.

Étant donné que le signe n'est pas original, il est inutile de rechercher l'existence d'une autorisation par une autorité publique. C'est du côté de l'aptitude potentielle de l'imitation à créer une confusion dans l'esprit d'un public qu'il faudra se tourner. Il n'est pas nécessaire que la méprise soit effective, l'infraction étant formelle. Seule compte l'aptitude intrinsèque de l'imitation à pouvoir entraîner une confusion. Ainsi, le législateur n'a souhaité sanctionner le comportement d'imitation- simulacre qu'**à la condition que le signe soit de nature à causer une méprise chez un tiers, laissant croire que l'imitateur appartient à un groupe en particulier**.

Or pour déduire l'aptitude du comportement à causer une méprise, il reviendra au juge d'analyser le degré de ressemblance des signes utilisés avec les symboles officiels. Et il en est

⁶⁸⁴Ibid.

⁶⁸⁵Et non d'« infraction d'imitation » pour éviter toute confusion dans notre étude.

de même pour les signes accessoires – documents, insignes, véhicules portant un signe de la police nationale ou militaire⁶⁸⁶.

366. **Appréciation in abstracto de la ressemblance.** Pour M. le Professeur RIBEYRE, le juge pénal devra « tenir compte des circonstances de temps et de lieu, du milieu social ou du niveau culturel du public avec qui l'auteur des faits a été en contact ou aurait pu être en contact » ; autrement dit, faire une appréciation circonstanciée. Mais, nous estimons, avec M. le Professeur Phillipe CONTE, que le juge devra plutôt faire une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire apprécier l'aptitude du signe à causer une confusion par rapport à un homme normalement raisonnable. En effet, l'aptitude du comportement « ne disparaît pas au seul motif qu'une personne expérimentée – par exemple le gendarme, le policier ou le magistrat - aurait immédiatement aperçu, en raison de tel ou tel détail, qu'il n'y avait qu'une simple imitation, et n'aurait donc pas été abusée sur la qualité réelle du porteur du costume ou de l'uniforme »⁶⁸⁷.

Ainsi un signe ne ressemblant que grossièrement à un signe officiel ne saurait chez un homme moyennement avisé créer une méprise. En effet, l'imitation ne pourrait être suffisamment apte à tromper, le signe ne se rapprochant que très peu de la réalité. Dans le même sens, selon M. Michel REDON, une « méprise sera impossible lorsque l'imitation [entendue matériellement] est fantaisiste ou purement imaginative et qu'il ne peut en résulter une erreur dans l'esprit du public »⁶⁸⁸. En outre, le port incomplet d'un costume ou uniforme ressemblant ne saurait entraîner une méprise dans l'esprit du public, car le signe est « trop éloigné de la réalité »⁶⁸⁹.

Les juges auront à bien préciser leur décision afin de permettre à la Cour de cassation de contrôler les conditions d'application des dispositions, notamment en indiquant les éléments de ressemblance avec les signes officiels.

367. **La prévention des confusions par le législateur.** Il faut remarquer que le législateur a pris la peine de prévenir les éventuelles confusions qui pourraient exister entre différentes tenues. Par exemple, le Code de la sécurité intérieure sanctionne la confusion provoquée avec

⁶⁸⁶On peut également considérer que devra être évalué le dommage causé à la personne qui a agi au regard de l'apparence créée par l'imitateur. Ainsi ce dernier peut-il engager sa responsabilité civile délictuelle et devoir des dommages-intérêts. Toutefois, les infractions d'usurpation étant formelles, la simple méprise ne devrait toutefois pas suffire à caractériser le dommage certain et personnel.

⁶⁸⁷P. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., n° 389, p. 485.

⁶⁸⁸M. REDON, *Usurpation des signes de l'autorité publique*, Rép. pén., 2014, n° 335.

⁶⁸⁹Différemment des signes véritables.

les uniformes portés par les agents des services publics. Dans ce sens, l'article L. 613-4 exige que la tenue que portent les agents de surveillance, de gardiennage, de transport de fonds et de protection ne puisse entraîner aucune méprise avec les tenues des agents des services publics, telles que celles de la police nationale, la gendarmerie nationale ainsi que les douanes et des polices municipales. De même, l'article L. 614-3 prévoit que les tenues portées par les services de sécurité des bailleurs d'immeubles ne doivent en aucun cas entraîner méprise avec celles des autres agents des services publics comme celles des services de police⁶⁹⁰. On voit bien la nécessité d'interdire l'imitation, ou la ressemblance fortuite, des autres uniformes pour pouvoir assurer l'originalité des signes de la puissance publique, et *a fortiori* éviter le risque de méprise.

368. *Exception pour les signes « rappelant » les crimes contre l'humanité.* Notons enfin que l'article R. 645-1 du Code pénal incrimine un comportement particulier. En effet, le législateur prévoit de sanctionner celui qui aura porté en public un uniforme, un insigne ou un emblème « rappelant » ceux portés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable par une juridiction française ou internationale d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité.

Or « rappeler » de tels signes semble à comprendre plus largement comme le fait de « ressembler ». Ainsi, un uniforme ou costume même grossier suffirait à évoquer le ou les personnages prévus par le texte et donc à caractériser l'infraction⁶⁹¹. L'article R. 645-1 du Code pénal punit donc l'imitation – mais aussi l'exhibition – moins parce qu'elle entraîne une méprise dans l'esprit d'un public dupe que pour ce qu'elle peut évoquer.

Cependant, le législateur a expressément prévu une exonération. L'infraction n'est pas constituée si le port ou l'exhibition s'explique pour les besoins d'un film, d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique.

369. *Pour conclure sur l'acte matériel des infractions de port et d'usage de signes.* Nous retiendrons, de manière générale, que la **nécessité de rechercher l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public a ainsi pour finalité de constater une imitation-simulacre de personnage réalisée en portant ou usant de faux signes**. L'article 433-15 du Code pénal

⁶⁹⁰ V. sur ce point A. BOUZON-ROULLE, *Uniforme – Costume*, op. cit., n° 34.

⁶⁹¹ C'est vraisemblablement en raison de ce qu'évoquent de tels signes que le législateur a prévu une rédaction large du texte d'incrimination s'étendant jusqu'à des ressemblances grossières. Toutefois, cette infraction est une contravention de 5^{ème} classe.

permet de sanctionner celui qui crée une apparence de réalité.

Le juge pénal aura à rechercher la capacité du signe à créer une méprise puis à constater l'infraction au regard de l'intention de l'imitateur exigée par les textes d'incrimination.

Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par le port ou l'usage public d'un signe officiel

370. Il s'agira ici d'étudier l'élément intentionnel d'une part de l'imitation-reproduction, lorsque les moyens utilisés sont vrais, (A) et d'autre part de l'imitation-simulacre, lorsque ceux-ci sont simplement ressemblants (B).

A. L'élément intentionnel de l'imitation-reproduction par utilisation de véritables signes officiels

371. ***Intentionnalité de l'imitation par reproduction.*** L'article 433-14 du Code pénal ne précise pas l'élément intentionnel. Au regard de l'article 121-3 du même Code, il s'agit d'une infraction intentionnelle imposant un dol général. Il ne suffit pas que l'agent ait porté ou utilisé publiquement un vrai signe officiel. Pour que l'élément moral de l'infraction soit caractérisé, l'imitateur doit avoir eu la volonté de porter des signes officiels en sachant qu'il n'en avait pas le droit et qu'il portait atteinte à la dignité du signe officiel. D'après le concept d'imitation, il doit avoir eu la volonté d'une apparence de la réalité en se représentant portant le signe officiel. **Ainsi l'imitateur doit-il avoir volontairement imité en ayant conscience qu'il n'en avait pas le droit pour être sanctionné.** Toutefois, il peut avoir commis une erreur de fait ou de droit.

372. ***Erreur de fait.*** Premièrement, l'erreur de fait est une représentation erronée d'un élément de la situation dans laquelle l'auteur s'est trouvé⁶⁹². Elle exclut ainsi la culpabilité pénale lorsqu'elle porte sur une condition essentielle de l'infraction. Commet notamment une erreur de fait celui qui, croyant à tort appartenir au groupe représenté par le signe officiel, pense pouvoir incarner un personnage alors qu'il n'en a pas le droit. Dans ce sens, l'individu qui commettrait une telle erreur ne serait pas sanctionné. Son imitation, qui est illicite, n'est pas intentionnelle car il n'avait pas conscience qu'il n'avait pas le droit.

⁶⁹²G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Erreur de fait.

373. **Erreur de droit.** Deuxièmement, l'article 122-3 du Code pénal prévoit expressément l'erreur de droit. Il s'agit d'une représentation inexacte de l'existence ou du sens de dispositions légales ou réglementaires⁶⁹³. Dans ce sens, le prévenu ne sera pas sanctionné s'il arrive à justifier qu'il n'était pas en mesure d'éviter cette erreur. Pour la chambre criminelle, le prévenu qui prétend n'avoir pas compris que la décision qui le suspendait de son droit de porter la Légion d'honneur lui interdisait également de porter des décorations étrangères n'est pas une erreur insurmontable⁶⁹⁴. En l'espèce, celui-ci avait essayé de se défendre en considérant que le décret de suspension ne mentionnait pas expressément l'interdiction relative aux décorations étrangères. Cela étant, les juges ont considéré qu'il lui appartenait de se renseigner sur la portée de la décision de suspension.

374. **Absence de dol spécial.** Certains auteurs ont estimé que l'infraction de port et d'usage illégal de signes officiels appelait un dol spécial⁶⁹⁵ : « la volonté de faire croire à l'existence en la personne du prévenu de la fonction ou de la qualité dont le costume ou l'uniforme est la représentation extérieure »⁶⁹⁶. Autrement dit, la volonté de créer une méprise dans l'esprit du public. Toutefois, la doctrine majoritaire considère que ce serait faire une trop grande interprétation du texte⁶⁹⁷. En effet, « admettre un dol spécial affaiblirait considérablement la répression en permettant à des personnes de tourner au ridicule les signes protégés à l'occasion de manifestations publiques alors que ce qui est protégée est l'atteinte à l'autorité publique »⁶⁹⁸.

Ces deux remarques soulignent combien le port ou l'usage d'un signe officiel contient en lui-même l'aptitude à créer une confusion entre l'individu qui l'aura porté sans droit et un personnage investi de l'autorité public. Il n'est pas nécessaire que l'imitateur ait eu la volonté de faire croire qu'il était un personnage public, il suffit qu'il ait eu conscience que la méprise était possible.

Et il en est de même pour l'imitation-simulacre.

⁶⁹³G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Erreur de droit.

⁶⁹⁴Cass. crim., 27 mai 1876, B. crim. n° 128 ; S. 1876, 1, p. 387 ; DP 1877, 1, p. 192.

⁶⁹⁵R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 36 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 1727, p. 659 ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, III, Librairie générale de jurisprudence, 5^{ème} éd., n° 1065.

⁶⁹⁶A. CHAUVEAU et F. HELIE, *ibid.*

⁶⁹⁷C. RIBEYRE, op. cit., n° 38 ; M.-L. RASSAT, op. cit., n° 1166.

⁶⁹⁸C. RIBEYRE, op. cit., n° 1166.

B. L'élément intentionnel de l'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires

375. *Intentionnalité de l'imitation par simulacre.* L'infraction prévue par l'article 433-15 du Code pénal est un délit imposant un dol général⁶⁹⁹. Ainsi l'agent doit-il avoir eu la volonté d'agir sans droit et la conscience que le port ou l'usage de signes ressemblant à ceux portés par les fonctionnaires de la police nationale ou les militaires était de nature à causer une méprise dans l'esprit du public. Si, en pratique, l'agent a pu avoir la volonté de tromper effectivement le public par le port ou l'usage de signes ressemblants, aucun dol spécial n'est imposé par les textes incriminant les infractions de ressemblance. **L'imitateur doit avoir simplement utilisé le signe en sachant que ce dernier pouvait faire naître une méprise dans l'esprit d'un public observateur.**

376. *Intention dans l'article R. 643-1 du Code pénal.* Une remarque est à faire concernant l'infraction prévue par l'article R. 643-1 du Code pénal, s'agissant du port ou de l'usage d'un costume, uniforme ou document ressemblant à ceux réglementés par l'autorité publique, le législateur n'ayant pas précisé l'intentionnalité dans ce texte. Ainsi est-il possible d'hésiter « quant au point de savoir si la contravention est intentionnelle ou matérielle »⁷⁰⁰. S'agissant d'une infraction matérielle, il ne devrait pas être « nécessaire de prouver contre le prévenu qu'il a agi soit intentionnellement soit même par imprudence : le simple fait matériel le met en état de faute et seule la force majeure pourrait l'exonérer de toute responsabilité »⁷⁰¹. Mais l'article R. 643-1 du Code pénal est complémentaire à l'article 433-15 du même Code. Ce dernier étant intentionnel, il paraît logique que l'élément moral soit le même dans les deux textes⁷⁰². Le même raisonnement peut être évoqué pour la contravention de 5^{ème} classe interdisant les signes rappelant les crimes contre l'humanité notamment.

377. *Conclusion sur les comportements d'imitation par port ou usage de signes.* Ainsi, deux comportements d'imitation sont prévus par le législateur en matière de port ou d'usage de signes : d'une part, une **imitation-reproduction** et d'autre part, une **imitation-simulacre**. Or

⁶⁹⁹Alors que l'article 260 de l'ancien Code pénal prêtait à confusion quant au fait de savoir s'il était nécessaire de rapporter un dol spécial.

⁷⁰⁰C. RIBEYRE, op. cit., n° 67.

⁷⁰¹Ibid.

⁷⁰²Ibid. ; V. dans le même sens A. BOUZON-ROULLE, op. cit., n° 49.

on retrouve cette dichotomie en matière d'usurpation de fonctions publiques.

II. L'imitation de personnage par usurpation d'une fonction publique

378. *Création d'une apparence illusoire.* Seule l'autorité publique est « investie du pouvoir exclusif de désigner les titulaires des fonctions publiques et de leur conférer les prérogatives attachées à ces fonctions »⁷⁰³.

Un individu peut pourtant tenter de s'immiscer dans une fonction publique sans titre. Sans autorisation ou habilitation, il crée ainsi une illusion car son comportement ne correspond pas à la réalité considérée comme objective.

Comme pour le port ou l'usage illégal de signes de l'autorité publique, le législateur a prévu deux catégories de dispositions en matière d'usurpation de fonction publique. En effet, il s'agit de l'accomplissement soit d'actes exacts et réservés, soit d'actes ressemblants à ceux réservés à la fonction publique⁷⁰⁴. A l'image des infractions en matière de signes, voyons donc d'une part le comportement d'imitation (Paragraphe 1) ainsi que l'élément moral exigé par les textes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par usurpation de fonction publique

379. *Deux comportements différents selon l'objet.* L'élément matériel des articles 433-12 et 433-13 du Code pénal diffère simplement suivant que les actes accomplis par l'imitateur sont réservés ou non à la fonction publique. En effet, d'une part, l'article 433-12 sanctionne l'individu qui aura accompli des prérogatives attachées à une fonction publique sans en être titulaire. D'autre part, l'article 433-13 punit la personne qui aura accompli des prérogatives ressemblantes à ceux légalement réservées aux fonctions publiques.

Dans les deux cas, l'individu crée l'apparence illusoire d'être titulaire d'une fonction pouvant entraîner par conséquent une méprise dans l'esprit du public. Mais cette aptitude du comportement est différemment analysée selon qu'il s'agisse d'une usurpation par immixtion

⁷⁰³C. RIBEYRE, op. cit., n° 1.

⁷⁰⁴Comme dit précédemment, certains auteurs, tels que C. RIBEYRE ou C. LACROIX, parlent d'infraction d'imitation, celle-ci étant entendue comme un résultat et non un comportement.

(A) ou par confusion de fonction publique (B).

A. L'usurpation par immixtion dans une fonction publique : une présomption de l'aptitude à créer une méprise

380. *Imitation de personnage illicite par immixtion dans une fonction.* S'immiscer dans une fonction en accomplissant des actes réservés sans titre, c'est commettre une imitation illicite d'un personnage public. Celui qui usurpe une fonction publique fait semblant d'être un représentant de cette fonction en créant une fausse réalité, soit une apparence illusoire illicite. Voyons donc ce que l'on entend par actes réservés (1) puis l'absence de titre (2).

1) *La reproduction d'actes réservés à une fonction publique : une imitation-reproduction dont l'aptitude à créer une méprise est présumée*

381. *Matérialité de l'immixtion.* L'immixtion dans une fonction publique est un acte positif en ce qu'il se commet par la reproduction d'actes réservés au titulaire de la fonction usurpée. L'élément matériel de l'article 433-12 du Code pénal est caractérisé lorsque l'agent a accompli des actes appartenant exactement à la fonction publique usurpée⁷⁰⁵. Selon le concept d'imitation, il s'agit bien d'une **imitation-reproduction**, dans la mesure où l'usurpateur crée une **apparence de la réalité**.

382. *Actes exacts.* Pour sanctionner l'imitateur au regard de l'article 433-12 du Code pénal, les juges devront comparer les actes réalisés à ceux que réserve la loi ou les règlements au titulaire de la fonction publique exercée⁷⁰⁶. Le simple mensonge ne saurait suffire à constituer la matérialité de l'acte. En effet, l'individu qui se contente d'acquiescer positivement ne commet pas une imitation illicite au sens de l'article 433-12 ; la chambre criminelle considère que ce sont des « actes déterminés et caractéristiques de la fonction usurpée »⁷⁰⁷ qui peuvent permettre de constater la matérialité de l'infraction.

⁷⁰⁵A la différence de l'article 258 de l'ancien Code pénal mettant fin à certaines hésitations quant à l'application des articles 258 et 258-1 anciens. Il faut remarquer que l'article 433-12 du Code pénal voit son domaine d'application quelque peu réduite.

⁷⁰⁶A moins que l'individu ne soit autorisé à accomplir certains actes par délégation.

⁷⁰⁷Cass. crim., 2 février 1994, B. crim. n° 55.

M. le Professeur Cédric RIBEYRE relève sur ce point que « si les notaires ont coutume de rédiger des contrats de bail, ces actes ne leur sont pas réservés et les tiers peuvent valablement rédiger de telles conventions sans que l'on puisse leur reprocher une immixtion dans les fonctions de notaire »⁷⁰⁸. Un tel comportement n'est ainsi en rien un comportement d'imitation et n'est pas illicite⁷⁰⁹. En revanche, si l'agent rédige un contrat de mariage, acte réservé aux notaires, il se rend coupable de l'incrimination prévue par l'article 433-13 du Code pénal, en agissant comme s'il était titulaire de la fonction notariale. Ici, les actes étant réservés, leur exclusivité constitue une condition au texte d'incrimination. Ce qui suppose que l'apparence illusoire est un élément intrinsèque de la caractérisation de l'infraction d'usurpation de fonction.

383. **Régularité de l'accomplissement de l'acte non nécessaire.** Par ailleurs, peu importe la régularité ou non de l'accomplissement de l'acte. Dans ce sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'il importait peu que l'acte d'immixtion soit régulièrement accompli pour constituer l'infraction, du moment que l'acte en lui-même est réservé⁷¹⁰.

Par contre, si l'agent accomplit un acte habituel mais non réservé, il ne pourra pas être poursuivi sur le fondement de l'article 433-12 du Code pénal. En effet, il ne s'agira pas d'une imitation- reproduction. Dans ce sens, la Cour de cassation a considéré que « le fait de se présenter au domicile d'une personne en faisant faussement état de la qualité de policier, avec exhibition d'une carte professionnelle barrée de tricolore, ne constitue pas, à défaut par le prévenu d'avoir accompli un acte réservé à la fonction de policier, le délit d'immixtion dans une fonction publique »⁷¹¹. En revanche, un tel comportement relève de l'article 433-13 du Code pénal, s'agissant des actes ressemblants aux actes réservés, s'il est démontré que l'apparence illusoire est susceptible de créer une méprise dans l'esprit du public.

384. **Présomption du risque de méprise.** Lorsque l'acte accompli est réservé à la fonction publique, le législateur n'impose pas la preuve de l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public, car elle est une évidence, selon le concept d'imitation. Comme précédemment pour l'utilisation illégale de signes officiels, il faut considérer que cette

⁷⁰⁸C. RIBEYRE, op. cit., n° 29.

⁷⁰⁹A moins que le tiers donne l'impression d'être un véritable notaire. Dans ce cas, l'article 433-13 du Code pénal s'applique.

⁷¹⁰Cass. crim., 21 février 2001, B. crim. n° 46 : l'agent s'est donc rendu coupable d'usurpation de fonction même si son acte accompli n'a pas été autorisé par le juge des tutelles ; Solution réitérée Cass. crim., 20 mai 2009, B. crim. n° 100.

⁷¹¹Cass. crim., 13 octobre 2009, n° 09-81.609, non publié au bulletin ; Dr. Pén. 2010, comm. 5, note M. VERON.

présomption est irréfragable. Même si personne n'a été dupe de la tromperie de l'imitateur, le **comportement d'imitation-reproduction porte en lui-même un risque élevé de méprise**. Le prévenu ne pourra donc pas se défendre en démontrant l'absence de confusion. En conséquence, il est suffisant de constater l'absence de titre pour que l'imitation soit illicite.

2) *L'absence de titre attaché à une fonction publique*

385. **Illicéité de l'imitation d'un personnage.** L'existence d'un titre attaché à une fonction publique permet le rattachement au corps de métier correspondant. En dehors de l'existence d'un titre, l'imitation d'un acte réservé doit trouver sanction. Un individu n'a pas à « se faire passer pour » ou « agir comme » un personnage titulaire d'une fonction publique alors qu'il n'a aucun titre. Il suffira alors de démontrer que l'agent accomplissant les actes litigieux ne possède aucun titre attaché à la fonction usurpée, soit parce que ce titre n'ait jamais existé soit qu'il ait disparu.

386. **Inexistence du titre.** D'une part, lorsque le titre est inexistant, aucune difficulté *a priori* ne semble se poser. Un individu qui accomplit les actes réservés d'une fonction publique sans en être titulaire se rend coupable d'usurpation de fonction. Son comportement relève d'une imitation illicite, et ce, même s'il a tout simplement « anticipé » l'obtention du titre sur une future nomination⁷¹². Par exemple, un individu en attente d'une inscription au tableau ou sur une liste du stage d'un barreau ne saurait prétendre appartenir au corps d'avocat et accomplir les actes réservés à ce corps.

387. **Disparition du titre.** D'autre part, il arrive que l'agent ne soit plus en possession de son titre, suite à une suspension ou encore une révocation. Dans ce cas, son titre n'étant plus actuel, il ne peut plus exercer la fonction.

Distinction entre imitateur « expérimenté » et imitateur non expérimenté. A la différence de l'imitation en matière de signes officiels, le législateur semble faire une distinction entre ceux qui n'ont jamais eu le droit d'exercer une fonction et ceux qui l'ont eu mais dont le titre a disparu. En effet, pour ces derniers, l'ancienne « qualité » de titulaire de la fonction publique est prise en compte s'ils accomplissent un acte réservé. Ainsi, le législateur a prévu

⁷¹²C. RIBEYRE, op. cit., n° 30.

une disposition spéciale en cas de poursuite illégale des fonctions. Selon l'article 432-3 du Code pénal, est puni « le fait, par une personne dépositaire⁷¹³ de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, ayant été officiellement informée de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions, de continuer à les exercer ». La loi établit de cette façon une distinction entre l'imitateur « expérimenté » et l'imitateur qui ne peut se prévaloir d'aucune compétence et qui sera alors sanctionné plus sévèrement⁷¹⁴.

Ce raisonnement s'explique d'autant plus dans la mesure où l'article 433-12 du Code pénal réprime une immixtion dans une fonction. Or il ne s'agit pas vraiment d'une immixtion que de continuer à exercer des actes alors que le titre a disparu⁷¹⁵. Tel est le cas d'un secrétaire général de la chambre des métiers, ayant été officiellement informé de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions et qui continue à les exercer⁷¹⁶. Son titre ayant disparu, l'accomplissement d'actes réservés à son ancienne fonction consiste en une usurpation, ou imitation illicite d'un comportement mais également d'un personnage public, cependant moins grave que s'il n'avait jamais possédé le titre. Pour pouvoir être sanctionné, il doit avoir été informé de la cessation de ses fonctions par un document officiel⁷¹⁷, établissant ainsi sa connaissance de l'interdiction d'exercer.

388. ***Invocation possible de la régularité de la nomination par le prévenu.*** Le prévenu peut tenter de se défendre en invoquant la régularité de sa nomination dans la fonction exercée et *a fortiori* l'existence du titre – et par conséquent la licéité de son imitation. Ce moyen de défense constitue une exception préalable d'ordre administratif. L'article 111-5 du Code pénal permet au juge répressif d'interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen, dépend la solution du procès pénal.

389. ***Conclusion sur l'usurpation par imixtion de fonction.*** L'usurpation au sens de l'article 433-12 du Code pénal est à comprendre comme le fait de s'immiscer dans une fonction sans qu'une décision autorisant l'exercice des actes réservés correspondants ne soit déjà intervenue. L'imitation illicite par disparition du titre n'expose, quant à elle, qu'à la peine prévue par l'article

⁷¹³Une personne dépositaire et non anciennement dépositaire.

⁷¹⁴La peine est portée à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende selon l'art. 433-12 du Code pénal et à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende selon l'art. 432-3 du même Code.

⁷¹⁵V. sur ce point notamment R. MERLE, A. VITU, op. cit., n°464, p. 355.

⁷¹⁶Cass. crim., 5 avril 2005, B. crim. n° 117, p. 407.

⁷¹⁷Une information de fait ne suffisant pas. V. par ex. Cass. crim. 5 avril 2005, B. crim. n° 17.

432-3 du même Code.

Cette distinction renforce l'idée que le législateur sanctionne particulièrement, dans l'article 433-12, le risque de duper le public. La seule reproduction d'actes réservés à la fonction publique suffit à constituer l'élément matériel car elle crée une apparence de la réalité. Dans ce sens, peu importe la méprise effective créée dans l'esprit du public dupe⁷¹⁸. Il s'agit bien d'après nous, d'une **présomption irréfragable**.

Ce qui n'est pas le cas lorsque l'agent exerce des actes ressemblants à ceux de l'exercice d'une fonction publique.

B. L'usurpation par ressemblance avec une fonction publique : la recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public

390. ***Infraction de ressemblance.*** Il arrive que les actes accomplis soient différents mais ressemblants à des actes réservés. L'agent crée alors également une illusion qui par définition ne cause pas nécessairement un risque de méprise dans l'esprit du public. Étant donné que l'activité exercée n'est pas celle déterminant la fonction publique, il est inutile de rechercher l'existence d'un titre. C'est donc l'aptitude de l'imitation des actes réservés à créer une méprise dans l'esprit du public qui sera à examiner. En effet, leur auteur peut apparaître pour ce qu'il n'est pas, à savoir investi de la fonction publique correspondante.

Par l'article 433-13 du Code pénal, sont expressément sanctionnés des comportements potentiellement aptes à créer une confusion dans l'esprit du public : d'une part, l'exercice d'une activité ressemblant à l'exercice d'une fonction publique (1) et d'autre part, l'usage de documents ou d'écrits présentant une ressemblance avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires ou avec des documents administratifs (2).

1) *La confusion avec l'exercice d'une fonction publique : une imitation simulacre dont l'aptitude à créer une méprise doit être recherchée*

391. ***Imitation-simulacre.*** Selon l'article 433-13 1° du Code pénal, l'agent doit avoir exercé

⁷¹⁸Cass. crim., 11 juin 1964, B crim. n° 202 ; D. 1964, jurispr. p. 532 ; RSC 1965, p. 126, obs. L. HUGUENEY ; Cass. crim., 24 mars 1987, B. Crim. n° 140 ; JCP G 1988, II, 20953, note E. WALTON ; Gaz. Pal. 1988, I, somm. p. 4.

« une activité dans des conditions de nature à créer dans l'esprit du public une confusion avec l'exercice d'une fonction publique ou d'une activité réservée aux officiers publics ou ministériels ». Il s'agit bien ici d'une simulation, puisque l'imitateur laisse croire à tort qu'il appartient à un groupe officiel d'appartenance. Le terme confusion souligne en outre que le comportement incriminé n'est pas un acte réservé mais bien un acte ressemblant. Ainsi, en utilisant des **moyens non véritables mais ressemblants**, il entre dans une **imitation-simulacre**.

392. *Aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public*. Toutefois, là encore, pour que l'imitation soit illicite, les actes doivent revêtir une apparence de réalité, c'est-à-dire vraisemblable, sans nécessairement avoir effectivement dupé un public en particulier. Le juge pénal apprécie *in abstracto* - au regard d'un homme normalement raisonnable - si l'activité accomplie risque ou non de créer une confusion dans l'esprit du public. Suivant le degré de crédibilité créée par l'imitation, l'agent apparaît pour ce qu'il n'est pas, à savoir investi de la fonction publique correspondante.

Dans ce sens, il semble que le **simple mensonge ne saurait suffire** à caractériser l'élément matériel de l'infraction, pas plus que le silence⁷¹⁹. De véritables manœuvres ou mises en scènes susceptibles de tromper le public dupe doivent avoir été organisées par l'imitateur, ainsi qu'un acte positif potentiellement tompeur.

Pour se rendre coupable de l'infraction prévue par l'article 433-13 du Code pénal, l'imitateur doit donc avoir une attitude active pour créer une apparence potentiellement apte à tromper le public. La chambre criminelle a ainsi considéré, dans un arrêt du 9 avril 2002, que se justifiait la décision des juges ayant condamné un agent privé de recherche ayant créé une méprise, conscient d'être pris pour un commissaire de police ou un officier ministériel. En s'introduisant dans les locaux d'une entreprise à la suite d'un huissier chargé d'y faire un constat, il s'était fait remettre des photocopies de documents, avait questionné des salariés et consulté des fichiers informatiques⁷²⁰. Il faut noter toutefois que si l'effectivité de la méprise est un indice pour constater l'aptitude trompeuse de l'imitation, l'infraction de ressemblance étant formelle, un simple risque de méprise suffit à caractériser l'acte matériel⁷²¹. Et il en est de même pour l'infraction d'utilisation de documents ressemblants à des documents officiels.

⁷¹⁹Cass. crim., 10 janvier 1856, B. crim. n° 13 ; DP 1856, 5, p. 224.

⁷²⁰Cass. crim., 9 avril 2002, B. crim. n° 83.

⁷²¹Mais ce risque ne pourra pas constituer à lui seul un dommage réparable même si un individu est dupé. En effet, il paraît peu certain de considérer le risque de méprise comme préjudiciable.

2) *Confusion de documents ressemblants avec des écrits originaux*

393. **Double imitation.** L'alinéa 2 de l'article 433-13 du Code pénal prévoit de sanctionner ceux qui useraient de documents ou d'écrits présentant, avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires ou avec des documents administratifs, une ressemblance de nature à provoquer une méprise dans l'esprit du public.

Cette infraction révèle une double imitation. En effet, elle met en œuvre d'une part, d'un point de vue personnel, une **imitation de personnage** – au regard de la fonction déterminée par l'usage de tels documents - et d'autre part, d'un point de vue matériel, une **imitation de documents**.

Il est possible de considérer que l'imitation matérielle vienne renforcer l'apparence trompeuse de l'imitation ressemblante d'une fonction publique. C'est pourquoi d'ailleurs le Professeur Michèle- Laure RASSAT considère, et nous l'a rejoignons, que cet alinéa est sans grande utilité dans la mesure où le fait d'imiter la fonction est déjà réprimé par le premier alinéa de l'article. D'autant plus que d'autres dispositions du Code pénal peuvent se voir appliquer, tels que les articles 444-3-2° et 444-5 en matière de faux⁷²².

Les remarques précédentes peuvent donc être rapportées ici. L'imitation du document doit être suffisamment ressemblante pour créer une **apparence de réalité**. Par ailleurs, les documents doivent avoir une aptitude à provoquer une méprise dans l'esprit d'un public.

Le juge devra cependant rechercher l'élément moral de ces infractions de ressemblance pour les caractériser.

Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de fonction publique

394. **Infractions intentionnelles.** Les articles 433-12, 433-13 et 432-3 du Code pénal ne précisent pas l'élément intentionnel. Cela étant, s'agissant de délits, au regard de l'article 121-3, ces infractions sont nécessairement intentionnelles appelant toutes et respectivement un dol général.

⁷²²V. *infra* n° 672.

395. ***L'élément intentionnel de l'imitation-reproduction par immixtion dans une fonction publique.*** Lorsque l'imitateur commet une imitation-reproduction par l'accomplissement d'actes exacts et réservés sans jamais avoir eu le titre, il doit avoir agi volontairement, en sachant qu'il n'en était pas détenteur ; autrement dit, qu'il n'était pas autorisé à s'immiscer dans la fonction publique. Ainsi doit-il avoir eu la volonté d'imiter en ayant conscience que son imitation était illicite⁷²³.

En revanche, pour un imitateur dont le titre a disparu, l'article 432-3 impose comme dol général la connaissance de la cessation de ses fonctions. En d'autres termes, l'imitateur doit avoir su que son comportement devenait illicite du fait d'une disparition officielle de sa fonction. Celui qui commet une erreur de fait ou de droit ne commet donc pas une imitation illicite, ne voulant créer aucune illusion.

396. ***L'élément intentionnel de l'imitation-simulacre d'actes réservés à une fonction publique.*** L'infraction d'imitation-simulacre par l'accomplissement d'actes ressemblants suppose un dol général, c'est-à-dire la volonté d'exercer une activité ressemblant à celles réservées aux personnes investies de fonctions publiques, et sachant que cette activité pouvait tromper un public dupe. L'imitateur doit avoir conscience que son comportement est de nature à provoquer une méprise dans l'esprit du public. Et il en est de même pour une utilisation volontaire d'actes ou de documents ressemblants⁷²⁴.

397. ***Conclusion sur les comportements d'imitation par usurpation de fonction publique.*** Pour conclure, le législateur a également prévu de sanctionner deux comportements d'imitation d'un personnage public, par l'accomplissement d'actes réservés ou d'actes ressemblants à une fonction publique. Il est à noter que certaines fonctions publiques sont protégées par des dispositions spécifiques⁷²⁵, par exemple la fonction de médiateur ou délégué du procureur de la

⁷²³R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 1397 et n° 1720 et s., p. 647 et s. L'élément moral consiste « dans la conscience que pouvait avoir le prévenu qu'il s'immisçait, sans titre, dans une fonction publique et, par conséquent, dans sa volonté de commettre, en tant que délit, le fait qui lui est reproché ».

⁷²⁴L'article 258-1 de l'ancien Code pénal exigeait au départ un dol spécial pour l'infraction de confusion avec des actes judiciaires ou extrajudiciaires. En effet, le prévenu devait avoir voulu obtenir du destinataire de l'acte un engagement, une renonciation à un droit, un paiement d'une créance ou l'exécution d'une obligation. Toutefois, aujourd'hui, l'article 433-15 al. 2 du Code pénal n'exige qu'un dol général.

⁷²⁵C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, op. cit., n° 52. L'auteur explique que « dans les années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, il était apparu que les dispositions de l'article 258 du Code pénal, alors seul en vigueur, ne pouvaient pas toujours suffire à réprimer les agissements de certains individus qui tentaient de tromper le public sur leurs qualité véritables et essayaient de faire croire qu'ils possédaient les titres ou avaient le droit d'exercer des fonctions pour lesquelles ils n'avaient pas reçu d'investiture officielle. C'est pourquoi le législateur

République par l'article R. 645-8-1 du Code pénal⁷²⁶, celle d'expert-comptable par l'article 20 de l'ordonnance de 1945⁷²⁷, celle de commissaire aux comptes de sociétés par l'article L. 820- 5 du Code de commerce. Ainsi, l'autorité de poursuite devra-t-elle choisir les dispositions spéciales, à moins qu'il existe une pluralité de qualifications compatibles.

En sanctionnant **l'imitation-reproduction par des infractions d'usurpations et l'imitation-simulacre par des infractions de ressemblance**, le législateur protège largement les fonctions publiques. Dans une même logique, les usurpations de titre, de diplôme ou de qualité renvoient davantage à des comportements illicites d'imitations-reproductions.

III. L'imitation de personnage par usurpation de titre, de diplôme ou de qualité réglementés par l'autorité publique

398. *Création d'une apparence illusoire.* Un individu peut tenter de faire usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique, d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique. L'article 433- 17 réprime un tel comportement qui crée incontestablement une apparence illusoire en ce que celle-ci ne correspond pas à la réalité considérée comme objective.

Comme précédemment, voyons la constatation du comportement d'usurpation de titre, diplôme ou qualité et son aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public (Paragraphe 1) ainsi que l'élément intentionnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'usage sans droit d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité réglementé par l'autorité publique

399. *Absence d'infractions de ressemblance dans l'article de référence.* L'article 433-17 du Code pénal réprime « l'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique, d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique ». L'élément matériel de l'infraction se décompose alors en un fait

avait estimé nécessaire d'établir, par des dispositions spéciales, demeurées non codifiées, des incriminations propres à compléter les moyens répressifs existants ».

⁷²⁶V. notamment A. GALLOIS, *Contraventions contre la nation, l'état ou la paix publique (5ème classe) – Usurpation de fonction ou de titre de délégué ou de médiateur du procureur de la République*, J.-Cl. Pénal Code, 2013, fasc. 20, art. R. 645-8-1.

⁷²⁷Qui renvoie aux peines de l'article 433-17 du Code pénal.

d'usage et en une absence de droit.

A la différence du port ou de l'usage de signes officiels et de l'usurpation de fonction, le législateur n'a pas prévu ici un parallélisme entre infractions d'usurpation et infractions de ressemblance. En effet, l'article 433-17 a pour objet de **punir seulement l'usage de véritables titres, diplômes ou qualités**.

Ainsi le législateur envisage-t-il, de prime abord, la répression de celui qui userait de titres, diplômes ou qualités – sans droit - susceptibles de créer une confusion dans l'esprit du public. Pourtant, certaines dispositions particulières semblent faire référence à des comportements de ressemblance. Par exemple, l'article L. 422-1 du Code de la propriété intellectuelle et industrielle prévoit en son alinéa 3 que « nul n'est autorisé à faire usage du titre de conseil en propriété industrielle, d'un titre équivalent ou susceptible de prêter à confusion, s'il n'est inscrit sur la liste des conseils en propriété industrielle établie par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle ».

Toutefois, la jurisprudence elle-même semble faire une interprétation particulière de l'article 433-17 du Code pénal afin de réprimer plus largement l'usurpation de titres. Ce qui semble parfois être *a priori* contraire au principe d'interprétation stricte de la loi (A), alors que le texte impose comme condition à la caractérisation de l'acte matériel un usage sans droit (B).

A. L'interprétation large de l'article 433-17 du Code pénal

400. Dans la rédaction du texte, l'usage d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité semble renvoyer uniquement à un comportement d'imitation-reproduction (1). Néanmoins, son interprétation par la jurisprudence permet de condamner également une imitation-simulacre (2).

1) *La répression d'une imitation-reproduction*

401. **Imitation-reproduction.** L'article 433-17 du Code pénal sanctionne « l'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique ou d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique ». Ainsi, il semble *a priori* punir l'imitateur qui utilise, sans droit, de **véritables attributs** afin de se faire passer pour ce qu'il n'est pas. Aussi pouvons-nous qualifier ce comportement d'**imitation-reproduction**. C'est donc une apparence de la réalité qui est sanctionnée. Quelques précisions quant à la matérialité de l'acte sont cependant à apporter.

402. **Matérialité de l'acte.** Cette imitation par l'usage d'un vrai titre, diplôme ou qualité sans droit est nécessairement un acte positif. Une simple abstention ne peut en effet, caractériser l'élément matériel du délit d'usurpation de titre, de qualité ou de diplôme. Ainsi, l'usurpation peut s'effectuer verbalement⁷²⁸ ou par écrit tel que par correspondances⁷²⁹, par carte de visite⁷³⁰, par mention sur du papier à en-tête⁷³¹ ou encore sur une plaque apposée sur la porte d'un cabinet⁷³². Par ailleurs, cet usage n'a pas à être public⁷³³. Toutefois, il doit nécessairement se produire dans une relation au moins bilatérale, et ainsi créer une illusion pour un autre. Dans ce sens, la Cour de cassation a considéré que constituait l'infraction d'usurpation de titre le simple fait d'apposer un sceau de couleur portant la mention « huissier de justice », afin de faire croire à une saisie, sur un immeuble⁷³⁴. L'imitateur a créé une apparence de la réalité en agissant comme s'il était véritablement détenteur du titre d'huissier, en reproduisant et en apposant des éléments caractéristiques du titre.

403. **Apparence d'une détention du titre.** Par ailleurs, la mention d'une spécialité doit renvoyer à la détention du titre et non en la possibilité d'accomplir des prérogatives offertes par le titre. Dans un arrêt du 15 novembre 2011⁷³⁵, un médecin spécialisé en chirurgie vasculaire et thoracique avait sur un devis mentionné après son nom « chirurgie vasculaire et thoracique, chirurgie esthétique », laissant ainsi croire avoir une spécialité dans la deuxième forme de chirurgie. La cour de Bordeaux a alors estimé que la présentation du devis litigieux revenait à créer une confusion entre la spécialité de ce chirurgien et une autre à laquelle il ne pouvait prétendre. Le délit d'usurpation de titre était alors constitué selon les juges du fond. La chambre criminelle en a décidé toutefois autrement, le médecin ne se prétendant pas expressément chirurgien esthétique mais seulement pouvoir accomplir des actes de chirurgie esthétique. Selon l'article R. 4127-70 du Code de la santé publique, « tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf

⁷²⁸Par ex. Cass. crim., 29 janvier 1958, B. crim. n° 107 ; Cass. crim 13 novembre 1996, n° 95-85459, non publié au bulletin ; V. également M. ROBINE, *L'usurpation de titre par un témoin*, Gaz. Pal. 1981, 1, doct. p. 305.

⁷²⁹Cass. crim., 3 avril 1957, B. crim. n° 321 ; Cass. crim., 10 juillet 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, p. 233 ; Cass. crim. 18 décembre 1979, B. crim., n° 366, RSC 1980, 709, obs. A. VITU.

⁷³⁰V. par ex. Cass. crim., 14 février 1991. B. crim. n° 274, obs. G. AZIBERT.

⁷³¹Cass. crim., 28 décembre 1959, B. crim. n° 592.

⁷³²TGI Paris, 28 avril 1989, RSC 1990. 82, obs. P. BOUZAT.

⁷³³E. GARCON, *Code pénal annoté*, Paris : Sirey, 1959, Art. 259, n° 99.

⁷³⁴CA Paris, 28 mars 1997, JurisData n° 1997-021092.

⁷³⁵Cass. crim., 15 novembre 2011, n° 10-88316, non publié au bulletin ; Gaz. Pal. 2012, 1, 302, note E. DREYER.

circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose »⁷³⁶. Il est donc tout à fait licite pour un chirurgien de pratiquer des actes de chirurgie esthétique même s'il ne dispose pas de cette spécialité. Ce qui signifie qu'un chirurgien d'une autre spécialité peut imiter légalement les chirurgiens esthétiques. En l'espèce l'imitateur se prévalait non pas du titre mais des prérogatives qu'il pouvait accomplir en tant que chirurgien⁷³⁷.

M. le Professeur Emmanuel DREYER remarque que « c'est davantage le principe d'omnivalence qui pose difficulté que l'application stricte de la loi pénale ». En effet, « au regard du principe de légalité, une telle censure paraît justifiée, même si elle donnera à certains le sentiment d'encourager les arguties de professionnels peu scrupuleux qui cherchent à semer ainsi la confusion »⁷³⁸. Ainsi, pour que l'infraction d'usurpation de titre soit constituée, il est exigé que l'agent-imitateur s'en soit prétendu titulaire. En l'espèce précitée, la solution aurait été différente si le médecin avait mentionné après son nom sur le devis « chirurgien vasculaire et thoracique, chirurgien esthétique » (chirurgien et non chirurgie). Dans ce cas en effet, il aurait bien prétendu être titulaire d'un titre qu'il ne possédait pas et serait entré dans une imitation illicite.

Si la Haute Cour s'est montrée ici assez précise et stricte dans l'application du texte, elle semble parfois élargir le champ d'application de l'article 433-17 du Code pénal.

2) *La répression d'une imitation-simulacre par la jurisprudence*

404. *Absence de sanction de l'imitation-simulacre par l'article 433-17 du Code pénal.* L'imitation-simulacre en matière de titre, de diplôme ou de qualité consisterait à user d'un faux titre, diplôme ou qualité, autrement dit à utiliser une dénomination voisine ou ressemblante pouvant susciter une méprise avec ce titre dans l'esprit du public ou à adopter n'importe quel comportement pouvant laisser croire en la détention d'un tel titre. Or, nous l'avons vu, l'article 433-17 sanctionne clairement l'usage de véritables attributs.

⁷³⁶E. DREYER note sous Cass. crim. 15 novembre 2011, préc. Le Professeur considère spécifiquement que « ce sont davantage les dispositions du Code de la santé publique (art. R. 4127-70) que celles du Code pénal qui mériteraient d'être modifiées ».

⁷³⁷Il a le droit de pratiquer des chirurgies esthétiques sans pour autant en avoir le titre. Comme le relève justement A. VITU et C. RIBEYRE, c'est « plutôt la condition d'absence de droit qui faisait défaut, plutôt que l'usage de titre ». (A. VITU, C. RIBEYRE, *Usurpation de titres*, op. cit., n° 35).

⁷³⁸E. DREYER note ss Cass. crim. 15 novembre 2011, préc.

405. **Sanction de l'imitation-simulacre par la jurisprudence.** Pourtant, dans un arrêt du 28 janvier 2014⁷³⁹, la chambre criminelle a approuvé les juges du fond qui ont considéré que le simple fait de transformer sa voix au téléphone en se faisant passer pour un capitaine de police, sans pour autant se dire détenteur de ce titre, dans le dessein de communiquer avec un juge d'instruction, suffisait à caractériser le délit d'usurpation de titre. Ainsi, l'imitateur ne prétendait pas expressément être détenteur d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité mais se contentait simplement de faire croire en cette détention pour user du titre. Pour la Haute cour, un tel comportement peut être puni au regard de l'article 433-17 du Code pénal. Or une telle solution est critiquable pour plusieurs raisons.

406. **Constatation d'une confusion.** Pour qualifier les faits d'usurpation au sens de l'article 433-17 du Code pénal, les juges du fond ont constaté que le prévenu, en s'appropriant le nom du véritable titulaire du titre auprès des personnes travaillant habituellement avec ce dernier, a nécessairement « créé une confusion et obtenu la communication qu'il souhaitait ; que cette confusion et cette volonté de tromper permettent de retenir le délit d'usurpation de titre qui lui est reproché ».

Pourtant l'article 433-17 réprime l'usage d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité sans droit. Au regard de l'interprétation stricte de la loi pénale, ce texte impose donc simplement comme condition l'absence de droit. Pourtant, les juges pénaux ont constaté l'aptitude du comportement d'imitation du prévenu à causer une méprise⁷⁴⁰. On comprend l'adoption d'une attitude pragmatique au regard des faits dans la mesure où l'imitateur semble de prime abord, non pas imiter par reproduction mais par simulacre un personnage de policier en feignant avoir son titre sans pour autant en user expressément. Autrement dit, il n'utilise pas un titre véritable mais donne l'impression d'en posséder un. C'est pourquoi les juges élargissent le champ d'application de l'infraction d'usurpation de titre, en appréciant le risque de méprise (qui découle de la constatation de la confusion effective).

407. **Critique d'une solution jurisprudentielle.** Comme le remarque justement VITU⁷⁴¹,

⁷³⁹Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-84425, non publié au bulletin.

⁷⁴⁰Qui semble relever d'une appréciation *in concreto* et non *in abstracto* alors qu'il nous semble que l'appréciation au regard d'une personne moyennement avisée est plus adaptée à une imitation-simulacre, dans la mesure où elle entraîne une confusion selon le public.

⁷⁴¹A. VITU, C. RIBEYRE, op. cit., n° 35.

« c'est toutefois bien parce que [le prévenu] était clairement identifié par son interlocuteur que l'usage de ce nom revenait implicitement à user de la qualité attachée à ce policier » et les faits en l'espèce sont plus proches d'une usurpation d'identité que d'une qualité. En effet, le prévenu ne s'est pas déclaré détenteur de la qualité de policier. Il a, en transformant sa voix afin de ressembler au mieux à celle du véritable capitaine de police, évoqué le nom de ce dernier à la greffière pour se faire transmettre l'appel au juge d'instruction. Ainsi a-t-il usurpé l'identité du policier en utilisant sa voix, donnée personnelle ayant permis de l'identifier⁷⁴². L'agent commet donc en l'espèce une **imitation-reproduction, non pas en utilisant véritablement le titre d'un capitaine de police, mais en imitant celui-ci par l'utilisation de sa véritable identité**. Dans cette imitation, **le modèle n'est pas un personnage mais une personne déterminée**. Ainsi, si les conditions de l'article 433-17 du Code pénal ne nous semblent pas réunies en l'espèce, l'usurpation d'identité, au sens de l'article 226-4-1 du même Code, est la qualification qui trouve à s'appliquer ici⁷⁴³. En effet, l'imitateur a non seulement transformé sa voix mais également utilisé l'identité du capitaine de police. C'est alors dans ce sens qu'il paraissait plus opportun pour les juges de constater la confusion afin d'appuyer la démonstration de la volonté de nuire de l'imitateur⁷⁴⁴, ce dernier ayant utilisé une donnée de nature à permettre une identification d'autrui afin de tromper la greffière et la juge d'instruction⁷⁴⁵.

Il semble que la solution vise davantage à sanctionner le fait que l'imitation personnelle était une manœuvre de l'imitateur, tendant à se faire passer pour un personnage public investi des prérogatives d'une fonction publique aux fins de se faire transmettre des informations auxquelles il n'avait pas droit.

408. *Interprétation large des termes « faire usage »*. Au regard de l'article 433-17 du Code pénal, le législateur n'a pas pris soin de réprimer de manière autonome le comportement de celui qui se contenterait de faire croire qu'il est titulaire d'un titre, d'une qualité ou d'un diplôme ressemblant à des titres officiels. Les juges entendent cependant largement l'expression « faire

⁷⁴²V. *supra* n° 127 et s.

⁷⁴³Remarquons toutefois que les qualifications d'infractions d'usurpation de fonction et d'usurpation de nom sont compatibles. Toutefois, une telle compatibilité nécessiterait de démontrer au côté de l'appropriation du nom d'autrui, l'intention de nuire imposée par l'article 226-4-1 du Code pénal (V. *supra* n° 210).

⁷⁴⁴Malgré ce conflit de qualifications, on peut noter que le préjudice subi par la victime dupe – ici le juge d'instruction – est identique quel que soit le fondement textuel sur lequel s'appuient les juges pénaux : celui d'avoir cru en la fausse identité du prévenu et surtout d'avoir donné des informations à son insu, qui n'auraient sûrement pas été transmises en sachant la vérité.

⁷⁴⁵Quoique, nous l'avons vu, l'utilisation du véritable nom suffit à présumer le risque de méprise causé dans l'esprit du public, s'agissant d'un véritable attribut identificatoire. Ainsi, la recherche d'une telle potentialité de l'imitation ne se justifierait pas davantage (V. pour une compréhension *supra* n° 204).

usage » et semblent se contenter d'une dénomination voisine pouvant susciter une confusion avec un titre dans l'esprit du public. Mais c'est là faire une interprétation de la disposition qui ne doit pas être trop étendue. En effet, le législateur prévoit parfois **expressément la répression d'une imitation-simulacre en matière de titre**. Tel est le cas, nous l'avons évoqué, de l'article L. 422-1 du Code de la propriété intellectuelle mais également de l'article 4 de la loi du 29 juin 1971⁷⁴⁶ sanctionnant l'usage d'une dénomination présentant une ressemblance avec un titre d'expert judiciaire de nature à causer une méprise dans l'esprit du public. Or, le législateur ne l'a pas prévu pour **l'article 433-17 du Code pénal qui réprime l'imitation-reproduction et non l'imitation-simulacre. Dans ce texte, l'usage a pour objet le titre, et non un procédé rappelant ce dernier**⁷⁴⁷.

409. *Possibilité de caractériser une escroquerie*. Par ailleurs, l'infraction d'escroquerie peut permettre de pallier les difficultés de qualification car elle prévoit, sous condition de remise, de sanctionner celui qui utilise une fausse qualité, largement entendue⁷⁴⁸. Ainsi celui qui laisse croire qu'il détient une qualité⁷⁴⁹ n'entrant pas dans le champ de l'article 433-17 du Code pénal, afin de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge commet une escroquerie. Il reste que l'imitateur qui use frauduleusement d'un titre sera bien qualifié d'usurpateur, à charge pour les juges de vérifier l'usage sans droit.

B. L'usage sans droit d'un titre, diplôme, ou qualité réglementés par l'autorité publique

410. *L'aptitude à causer une méprise à présumer par principe*. En dehors de l'existence d'un titre, l'imitation est illicite. Un individu n'a pas à se faire passer pour le détenteur d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique, d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique. Le texte d'incrimination est clair sur ce point : devra donc simplement être démontrée l'absence de droit à faire usage de tels attributs ou à s'en prévaloir. Les juges devront vérifier sous quelles

⁷⁴⁶L. n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

⁷⁴⁷On remarquera toutefois que les juges sont souvent amenés à appliquer des textes prévoyant la confusion du titre utilisé. V. par ex. Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-82469, non publié au bulletin.

⁷⁴⁸V. pour étude de la qualité et l'escroquerie *supra* n° 341.

⁷⁴⁹Par fausse qualité ou manœuvres dolosives selon l'article 313-1 du Code pénal.

conditions légales ou réglementaires le titre, le diplôme ou la qualité sont conférés par l'autorité publique et si l'agent réunit ces conditions. Il n'est alors pas utile de rechercher l'**aptitude du comportement d'usurpation à créer une méprise**, celle-ci devant être **présumée de manière irréfragable** dans cette imitation-reproduction, par l'utilisation d'un véritable titre, diplôme ou qualité.

En revanche, lorsqu'un texte spécial le prévoit, les juges auront à vérifier l'aptitude de la dénomination voisine utilisée par l'imitateur à causer une confusion dans l'esprit du public afin de constater l'acte matériel d'imitation-simulacre.

411. *Invocation de la légalité de la décision administrative.* Comme pour l'usurpation de fonction, le prévenu essaiera parfois de se défendre en invoquant la légalité de la décision administrative lui ayant octroyé le titre, la qualité ou le diplôme. Au regard de l'article 111-5 du Code pénal, il appartiendra alors au juge de vérifier si le titre, la qualité ou le diplôme a bien été octroyé dans des conditions régulières, dès lors que cette vérification est nécessaire pour statuer sur la prévention d'usurpation au sens de l'article 433-17 du Code pénal⁷⁵⁰.

Par ailleurs, l'intention de l'imitateur devra être constatée.

Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de titre, diplôme ou qualité

412. *Une infraction intentionnelle.* L'article 433-17 du Code pénal incriminant un délit, l'infraction est intentionnelle⁷⁵¹. Plus précisément, le texte suppose un dol général qui se caractérise par l'utilisation volontaire d'un titre dont le prévenu n'est pas titulaire⁷⁵². Ainsi doit-il avoir la conscience d'imiter sans droit à se réclamer du titre, de la qualité ou du diplôme usurpé et la volonté d'agir malgré cette connaissance de l'absence de droit.

Certains auteurs considèrent que l'intention exigée par l'article 433-17 du Code pénal peut être caractérisée par l'utilisation, en connaissance de cause, d'une dénomination voisine pouvant susciter une confusion avec le titre dans l'esprit du public⁷⁵³. Est ainsi recherchée l'intention d'une imitation-simulacre. Mais cette intention ne sera exigée que pour des textes spéciaux qui prévoient expressément la sanction de celui qui userait non pas d'un titre mais

⁷⁵⁰Cass. crim., 10 octobre 2006, n° 05-85929, B. crim. n° 245, p. 867.

⁷⁵¹Art. 121-3, alinéa 1, C. pén.

⁷⁵²Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-83081, rappelant que l'infraction n'exige pas de dol spécial.

⁷⁵³C. LACROIX, Usurpation de titres ou de fonctions, Rép. pén., Dalloz, 2009, n° 66.

d'une dénomination voisine ressemblante⁷⁵⁴.

En revanche, l'article 433-17 n'exige que la conscience d'un usage sans droit d'un attribut véritable. L'erreur de fait ou de droit commise par l'auteur devrait donc faire disparaître l'intention. Par ailleurs, n'est pas non plus à rechercher une quelconque volonté de nuire de l'imitateur⁷⁵⁵.

Ainsi, en matière d'usurpation de titre, de diplôme ou de qualité, **le législateur a simplement prévu dans la disposition générale la répression d'une imitation-reproduction**. Une telle position se retrouve également en matière d'exercice illégal d'une profession protégée.

IV. L'imitation de personnage par exercice illégal d'une profession protégée

413. *L'imitation illicite d'un personnage en sortant des attributions professionnelles réglementées par la loi*. Parfois, un individu imite un personnage en reproduisant les actes attachés à une profession sans entrer dans les conditions d'accès ou d'exercice de celle-ci. A la différence de l'infraction d'usurpation de titre, l'imitateur peut être détenteur d'un titre régulier mais sort des attributions que la loi lui confère - entrant alors dans une imitation illicite. L'imitateur crée dans ce sens une apparence illusoire (Paragraphe 1) selon une intention particulière (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'exercice illégal d'une profession réglementée

414. *Une apparence illusoire*. Empiéter sur des activités réservées à certains professionnels sans avoir qualité pour agir c'est commettre une imitation illicite en dehors des actes autorisés. Il s'agit alors pour l'imitateur de créer une apparence illusoire d'être ce qu'il n'est pas. Voyons d'abord ce qu'il faut entendre par exercice illégal d'une profession protégée (A) puis les personnes n'ayant pas qualité à agir (B), notamment afin d'en retirer les conséquences utiles pour l'élaboration de notre concept.

⁷⁵⁴V. par ex. Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-83.081, B. crim. n° 141, p. 405.

⁷⁵⁵Par ex. Cass. crim., 18 décembre 1979, B. crim. n° 366 ; RSC 1980, p. 709, obs. A.VITU ; Cass. crim., 30 octobre 1995, B. crim. n° 337 ; Dr. pén. 1996, comm. 102, obs. M.VERON.

A. L'exercice illégal d'une profession réglementée

415. **Choix d'étude : médecins et avocats.** L'exercice illégal d'une profession relevant de dispositions spéciales, nous avons choisi de recenser deux incriminations qui diffèrent en ce que le législateur a imposé ou non une condition d'habitude à l'exercice illégal : l'exercice illégal de la médecine (1) et l'exercice illégal de la profession d'avocat (2).

1) *L'illusion créée par un comportement habituel d'imitation : exemple de l'exercice illégal de la médecine*

416. **Une imitation-reproduction.** L'article L. 4161-1 du Code de la santé publique prévoit l'exercice illégal de la médecine mais un individu n'est sanctionné au regard de cette disposition que s'il reproduit exactement les actes de la profession sans y être habilité par l'autorité publique. Les juges devront comparer les actes réservés aux médecins à ceux effectués habituellement par l'imitateur. S'il y a équivalence, l'agent s'est comporté comme un médecin en effectuant des **actes véritables**, laissant croire qu'il était lui-même médecin. Il s'agit donc ici d'une **imitation-reproduction**, l'imitateur créant une **apparence de la réalité**. De ce fait, il n'est pas utile de rechercher l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public, car elle est une évidence dans la réalisation de son comportement.

417. **Des actes réservés.** Selon l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique, les **actes réservés** aux médecins sont l'établissement d'un diagnostic ou d'un traitement de maladies (congénitales ou acquises, réelles ou supposées), au moyen d'actes personnels, de consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou encore la pratique de l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis de l'Académie nationale de médecine⁷⁵⁶.

D'une part, le diagnostic peut être défini comme la détermination d'une affection et la proposition d'un traitement⁷⁵⁷. Dans ce sens, constitue une imitation illicite par exercice illégal

⁷⁵⁶L'arrêté visé par l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique est un arrêté en date du 6 janvier 1962 (JO 1^{er} févr.) plusieurs fois modifié, de manière très importante, par des arrêtés datant du 12 mai 1981 (JO 15 mai), du 21 novembre 1986 (JO 30 nov.), et en dernier lieu du 13 avril 2007 (JO 14 avr.).

⁷⁵⁷V. J.-C. SOURNIA, *Histoire du diagnostic en médecine*, Paris : Éditions de la Santé, 1995. L'auteur propose une double définition du diagnostic. D'une part, il est une « démarche intellectuelle par laquelle une personne d'une profession médicale identifie la maladie d'une autre personne soumise à son examen, à partir des

d'un diagnostic médical : l'expertise de personnes malades pour le compte d'un assureur⁷⁵⁸ ainsi que l'examen de personnes et la détermination de l'organe malade à partir de symptômes décrits, établissant ainsi un diagnostic, avant de mettre en œuvre un traitement⁷⁵⁹. Commet également une imitation illicite celui qui pratique des palpations, massages ou manipulations et qui vérifie les tensions musculaires⁷⁶⁰.

D'autre part, le traitement peut être défini comme l'ensemble des moyens thérapeutiques et des prescriptions hygiéniques employés dans le but de guérir une maladie⁷⁶¹. Ainsi peuvent être considérés comme exercices illégaux de traitements médicaux : l'utilisation du laserpuncture sur des points d'acupuncture ou assimilables, susceptible d'entraîner des réactions organiques⁷⁶², le fait d'inviter ses clients à mettre fin à la consommation de médicaments prescrits par leurs médecins traitants, après avoir procédé à un « bilan de santé » présenté comme la première étape d'une restauration des fonctions organiques, et en se livrant à l'interprétation des bilans sanguins⁷⁶³, l'épilation au laser, contrairement à l'épilation à la cire ou à la pince⁷⁶⁴ ou encore le traitement d'un malaise après sevrage tabagique par impulsions électriques en des zones « réflexogènes » du corps et la prise quotidienne et à jeun d'une infusion de racines de pissenlit⁷⁶⁵. Toutes ces situations relèvent bien d'une imitation illicite dont le modèle est un médecin, personnage que les prévenus n'étaient pas habilités à incarner par des actes dépassant leur champ professionnel.

En revanche, pour la Haute Cour « doit être relaxée la prévenue masseur-kinésithérapeute qui n'applique que des drainages lymphatiques manuels ou électriques non soumis à prescription médicale dans un but esthétique et de confort, sans visée thérapeutique,

symptômes et des signes que cette dernière présente, et à l'aide d'éventuelles investigations complémentaires ». D'autre part, « le diagnostic est résultat (de la réflexion intellectuelle et de la collecte de données) exprimé le plus brièvement possible dans des termes qui l'incluent dans un savoir déjà élaboré et coordonné. [...] L'élaboration d'un diagnostic suppose certaines connaissances médicales et entraîne une responsabilité de la part du décideur à l'égard de son consultant, puisque des mesures destinées au rétablissement de sa santé vont en découler. C'est pourquoi la capacité de la formulation d'un diagnostic a été jusqu'à une date récente réservée à trois " professions médicales " : les médecins et dans la limite de leur compétence, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes. Le diagnostic peut comporter plusieurs opérations : reconnaître l'état de maladie et le nommer, tenter de déterminer comment elle est survenue, expliquer pourquoi elle s'impose soudain à cette personne et maintenant ».

⁷⁵⁸Cass. crim., 12 janvier 2010, DP 2010 n° 45, obs. M. VERON.

⁷⁵⁹Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 04-80526, non publié au bulletin.

⁷⁶⁰Cass. crim., 5 avril 1995, n° 94-80938, non publié au bulletin.

⁷⁶¹V. M. GARNIER, F. DELAMARE, *Dictionnaire des termes techniques de médecine*, Paris : Maloine, 1985, 21^{ème} éd., V° Traitement.

⁷⁶²Cass. crim., 7 septembre 2010, n° 09-87811, non publié au bulletin ; Cass. crim., 9 février 2010, B. crim. n° 19.

⁷⁶³Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 08-82023, non publié au bulletin.

⁷⁶⁴Cass. civ., 8 janvier 2008, B. civ I n°2.

⁷⁶⁵Cass. crim., 6 novembre 1996, B. crim. n° 397.

le but recherché par les patientes étant exclusivement esthétique, et non de traiter un quelconque trouble circulatoire »⁷⁶⁶.

418. ***Les éléments non pris en compte.*** Le législateur a choisi de sanctionner celui qui accomplirait des actes pour des maladies même supposées. Ainsi, peu importe que la personne ait été réellement malade. C'est bien l'imitation illicite qui est réprimée, qu'elle concerne la médecine préventive comme curative⁷⁶⁷. De même, peu importe que le malade ait retrouvé la santé après le traitement prescrit par l'imitateur⁷⁶⁸. Peu importe le procédé⁷⁶⁹ utilisé pour exercer illégalement la médecine, du moment qu'il conduit à un diagnostic ou un traitement qu'aurait dû effectuer un médecin. Il peut même s'agir d'un procédé par correspondance⁷⁷⁰, dans la mesure où l'imitateur a accompli des actes personnels, des consultations verbales ou écrites⁷⁷¹. Enfin, peu importe que l'imitateur n'ait pas procédé lui-même à l'établissement du diagnostic, du moment qu'il a donné des consultations, en délivrant des ordonnances⁷⁷². Le diagnostic peut intervenir à n'importe quel moment de l'intervention de l'imitateur et le traitement ne donne pas nécessairement lieu à une prescription de médicament.

419. ***Des actes positifs.*** Ainsi l'imitateur doit avoir accompli des actes positifs précis. Dans ce sens, le médecin frappé d'une interdiction d'exercer ne saurait être sanctionné pour exercice illégal par le simple fait de maintenir sa plaque professionnelle sur sa porte⁷⁷³, acte correspondant à une abstention et non pas à une imitation illicite.

420. ***La possibilité de caractériser l'escroquerie, en cas d'imitation-simulacre.*** Celui qui fait croire qu'il est médecin (ou « soignant ») en accomplissant seulement des actes ressemblants à ceux réservés aux praticiens ne peut pas être sanctionné pour exercice illégal

⁷⁶⁶ Cass. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-83627, non publié au bulletin ; Cass. crim., 30 avril 1963, B. crim. n° 159, pour des soins de massages à caractère « esthétiques ou hygiéniques ».

⁷⁶⁷ T. corr. Domfront, 20 janvier 1950, D. 1950. Somm. 60.

⁷⁶⁸ T. corr. Domfront, 20 janvier 1950, préc.

⁷⁶⁹ V. par ex. Cass. crim., 23 novembre 1967, B. crim. n° 306 ; V. également Cass. crim., 2 juin 2004, n° 03-87815, non publié au bulletin, s'agissant de la présentation de documents, qui, bien que prudemment non nominatifs, portent les quantités à prendre et la durée de prescription, constituant en ce sens un danger pour la santé des personnes venant consulter le prévenu.

⁷⁷⁰ Par ex. Cass. crim., 2 novembre 1971, B. crim. n° 290, s'agissant d'un individu qui formule par lettre un diagnostic et établit par direction suivie et à plusieurs reprises, des traitements dont il contrôlait les effets.

⁷⁷¹ Par ex. CA Paris, 20 mars 1985, D. 1985. Somm. 402, obs. J. PENNEAU, s'agissant d'une prescription d'usage de plantes médicinales.

⁷⁷² CA Paris, 20 mars 1985, préc.

⁷⁷³ CA Paris, 6 avril 1943, Gaz. Pal. 1943. 2. Somm. 47.

de la médecine. Cependant, l'escroquerie peut être constatée. Par exemple, celui qui ne fait qu'imposer des mains sur un malade sans se livrer à un diagnostic ou à un traitement et détermine une remise, commet une escroquerie⁷⁷⁴. Dans cette situation où les moyens utilisés sont des **actes ressemblants**, il ne s'agit pas d'une imitation-reproduction mais d'un procédé de faire semblant ou **imitation-simulacre**, que l'infraction d'escroquerie permet de punir⁷⁷⁵.

421. **Des actes habituels ou direction suivie.** L'incrimination prévoit un caractère d'habitude au délit. Ainsi un acte unique et isolé ne saurait suffire à le caractériser⁷⁷⁶. Comme pour toute infraction d'habitude, c'est à partir de l'accomplissement du deuxième acte que l'infraction est constituée⁷⁷⁷. Cependant, si différents actes sont accomplis de manière isolée, les juges peuvent rechercher s'ils ne peuvent pas être réunis de sorte que soit constitué l'élément d'habitude. Dans ce sens, la chambre criminelle a considéré que le fait de pratiquer à trois reprises, sans ordonnance et sur une même personne, des massages qui auraient dû faire l'objet d'une prescription médicale, caractérise l'habitude⁷⁷⁸. Par ailleurs, l'habitude peut être constituée par le fait d'une continuité dans la répétition des actes qui suffiront dans la mesure où ils paraissent ne pas être des actes isolés⁷⁷⁹.

Le délit peut également être constitué par des actes formant une direction suivie. Autrement dit, l'imitateur aura accompli plusieurs actes de médecine sur le même malade mais de façon habituelle et suivie⁷⁸⁰. Dans ce cas, une seule inculpation sera inscrite au casier⁷⁸¹.

422. **Limite.** Toutefois, la chambre criminelle a refusé de considérer l'infraction comme un délit d'habitude lorsque l'acte est accompli par une personne munie d'un titre régulier et qui sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes mentionnées aux deux premiers alinéas de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique⁷⁸². Autrement dit, si l'imitation est commise par une personne détenteur du titre, le premier acte suffit à caractériser le délit.

⁷⁷⁴Cass. crim., 7 août 1951, B. crim. n° 249 ; V. également Cass. crim. 6 février 2001, n° 00-83425, non publié au bulletin.

⁷⁷⁵S'il y a remise d'une chose, il y a nécessairement eu méprise.

⁷⁷⁶Cass. crim., 4 avril 1919, S. 1913, 1, 135 ; Cass. crim., 17 octobre 1936, DH 1936. 542 ; V. aussi CA Paris, 20 septembre 1999, JurisData n° 1999-024439.

⁷⁷⁷Cass. crim., 4 décembre 1926, B. crim. n° 334 ; Cass. crim., 24 juillet 1967, B. crim. n° 235.

⁷⁷⁸Cass. crim., 24 juillet 1967, préc.

⁷⁷⁹Cass. crim., 24 juillet 1967, préc.

⁷⁸⁰Cass. crim., 2 novembre 1971, B. crim. n° 290.

⁷⁸¹CA Dijon, 24 avril 1926, DP 1928, 2, p. 24.

⁷⁸²Cass. crim., 19 mars 1953, D. 1953, 664.

423. Conclusion sur l'acte matériel de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.

L'exemple de l'exercice illégal de la médecine illustre bien une situation **d'imitation-reproduction habituelle** où l'imitateur utilise de vrais moyens - actes habituels réservés au médecin - pour créer l'illusion d'une réalité fausse – sa prétendue qualité de médecin. On comprend que le législateur ait souhaité réprimer un tel comportement qui comporte en lui-même un effet de **méprise** dans l'esprit du public. Celle-ci est **présumée irréfragablement**, et l'absence de qualité suffit à caractériser l'exercice illégal d'actes réservés à la profession de médecin.

Par ailleurs, le législateur a également prévu de sanctionner l'exercice illégal de certaines professions, pour lesquelles l'imitation d'un acte unique suffira à la caractérisation de l'acte matériel du délit.

2) L'illusion créée par un comportement unique d'imitation : exemple de l'exercice illégal de la profession d'avocat

424. Différents textes viennent sanctionner l'exercice illégal de la profession d'avocat. Selon l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971⁷⁸³, « nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions » sauf dispositions spéciales dérogatoires. Selon l'article 54, « nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, pour autrui ». Par ailleurs, selon l'article 72 de la même loi, « sera puni des peines prévues à l'article 433-17 du Code pénal quiconque aura, n'étant pas régulièrement inscrit au barreau, exercé une ou plusieurs des activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article 4, sous réserve des conventions internationales ». Enfin, l'article 74 vise l'usurpation de titre d'avocat.

425. Une imitation-reproduction. Il faut pour constituer l'élément matériel de cette infraction que l'agent ait accompli des **actes appartenant exactement à la profession d'avocat**. Il s'agit donc bien d'une **imitation-reproduction**.

⁷⁸³L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

426. **Des actes exacts.** Dans ce sens, accomplit une imitation illégale celui qui sans y être autorisé assiste, représente en justice, postule et plaide devant les juridictions en se comportant comme s'il était avocat⁷⁸⁴. De même, commet une imitation illicite, celui qui donne des consultations juridiques et rédige des actes sous-seing privé à la place d'un avocat habilité. Ou encore, se rend coupable d'exercice illégal de la fonction d'avocat la personne, radiée du barreau, qui assiste en qualité d'avocat, conseille et accompagne un salarié, licencié par son employeur et souhaitant obtenir une indemnisation devant le Conseil des prud'hommes⁷⁸⁵.

En reproduisant des actes réservés, l'imitateur crée incontestablement une **apparence illusoire pouvant causer une méprise dans l'esprit du public**, qui croit en sa fausse qualité d'avocat. L'agent doit avoir agi exactement (procédés identiques) comme s'il était avocat (réalité fausse). Le législateur sanctionne donc la **création de l'apparence de la réalité, apte à créer une confusion dans l'esprit du public**. Il n'est pas utile de rechercher le risque de méprise, l'acte d'imitation le constituant à lui seul.

427. **Des actes non-habituels.** L'exercice illégal de la profession d'avocat n'est pas par principe un délit d'habitude⁷⁸⁶. D'ailleurs, l'article 72 le prévoit expressément puisqu'il sanctionne la personne qui aura « exercé une ou plusieurs des activités réservées au ministère des avocats ». Ainsi il suffira que l'imitateur ait accompli un seul acte pour créer une illusion et être sanctionné.

428. **Limite.** Toutefois, à titre exceptionnel, l'exercice illégal de la profession d'avocat est un délit qui appelle une certaine habitude. Dans ce sens, l'article 54 de la loi sanctionne les consultations et la rédaction d'actes sous seing privé effectuées de manière habituelle.

De même, l'exercice illégal de la profession auprès des tribunaux de commerce suppose une certaine répétition⁷⁸⁷. L'article 853 du Code de procédure civile prévoit que les parties « ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix » devant le tribunal de commerce. Or la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} février 2000, a considéré justifiée la décision des juges du fond qui a caractérisé l'infraction à l'égard de celui qui, à titre de profession habituelle, assiste ou représente les parties devant la

⁷⁸⁴C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, op. cit., n° 69. L'auteur fait toutefois la remarque qu'il y a « entre ces termes quelques redondance, puisque la plaidoirie est une forme de l'assistance, et que la postulation n'est qu'un des aspects de la fonction de représentation en justice ».

⁷⁸⁵Cass. crim., 5 février 2013, B. crim. 35.

⁷⁸⁶Cass. crim., 5 février 2013, préc.

⁷⁸⁷V. C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, op. cit., n° 67.

juridiction commerciale⁷⁸⁸. La Cour de cassation a également précisé, dans un arrêt du 21 octobre 2008, que « le caractère habituel de l'exercice de l'activité reprochée au prévenu n'est pas établi par la succession, dans une seule et même procédure, de deux interventions, "la deuxième étant la suite logique et obligatoire de la première" »⁷⁸⁹. Ces solutions s'attachent donc à apprécier les actes spécifiques de la profession pour constater l'infraction.

429. Pour conclure sur l'acte matériel de l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat. La seule **reproduction unique d'actes réservés** au ministère des avocats, par principe isolés et par exception habituels, suffit à constituer l'élément matériel d'un exercice illégal car l'imitateur crée l'illusion qu'il aurait qualité à agir. Dans ce sens, peu importe la **méprise** effective créée dans l'esprit du public, elle est **présumée de manière irréfragable**. Il importe seulement de démontrer l'absence de qualité à agir.

L'avocat radié du barreau qui assiste le salarié devant le Conseil des prud'hommes, ne peut se défendre en affirmant que son client savait qu'il n'exerçait plus la fonction d'avocat ; qu'il ne faisait qu'être présent en tant que simple spectateur, sans jamais user de la qualité d'avocat devant la juridiction⁷⁹⁰. Il a bien créé une illusion en apparaissant comme l'avocat conseil du salarié lors de l'audience devant le Conseil des prud'hommes, au regard des pièces du dossier et des témoignages⁷⁹¹. Son acte illusoire suffit donc pour caractériser l'infraction⁷⁹².

L'avantage des professions réglementées est par conséquent de se voir offrir par le droit une protection contre les imitations illicites et le législateur a défini précisément les personnes n'ayant pas qualité à agir.

B. Une imitation illicite par absence de qualité à exercer la profession

430. Absence de qualité à exercer la profession. En ce qui concerne la profession médicale, l'acte réservé ne peut être accompli par tous les individus ne possédant pas le titre de médecin,

⁷⁸⁸Cass. crim., 1^{er} février 2000, B. crim. n° 53.

⁷⁸⁹Cass. crim., 21 octobre 2008, B. crim. n° 211 ; D. 2009, p. 46, obs. P. CHAUMONT.

⁷⁹⁰Cass. crim., 5 février 2013, préc.

⁷⁹¹Constat des pièces du dossier et des témoignages devant le tribunal correctionnel sur le fondement des articles 4 et 72 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 pour exercice illégal de la profession d'avocat. L'avocate est condamnée en première instance et en appel à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve.

⁷⁹²Une personne raisonnable pouvait croire en sa fausse qualité d'avocat.

en distinguant ceux qui n'ont aucune formation médicale de ceux qui ont acquis une formation « de santé ». Par ailleurs, un médecin ou avocat ayant le titre peut malgré tout commettre un exercice illégal de sa profession. C'est l'absence de qualité à agir qui rend ici l'exercice impossible. Examinons rapidement les personnes n'ayant pas qualité à exercer la profession de médecin (1) puis celle d'avocat (2).

1) *Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la médecine*

431. Littéralement, l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique fait la distinction entre les imitateurs n'ayant aucun titre de médecin (a) et les médecins (b).

a) Les personnes non-médecins

432. *Les personnes sans qualité à agir.* Selon l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique, est une personne n'ayant pas qualité à agir celle qui n'est pas titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné par la loi et exigé pour l'exercice de la profession de médecin. N'est pas non plus médecin celui qui n'est pas bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées par la loi et celui qui ne satisfait pas à la condition posée au 2° de l'article L. 4111-1 du même code, sauf exceptions posées par la loi⁷⁹³.

433. *Limites à la sanction de l'exercice illégal de la médecine.* Le texte pose toutefois une limite. N'entrent pas dans cette catégorie de personnes dépourvues de diplôme, les étudiants en médecine autorisés à effectuer des remplacements ou à assister exceptionnellement un médecin exerçant régulièrement. Il en est de même des sages-femmes, infirmiers et gardes-malade qui agissent comme aides d'un docteur en médecine ou que celui-ci place auprès de ses malades, ainsi que des pharmaciens biologistes pour l'exercice des actes de biologie médical ; ou encore des auxiliaires médicaux exerçant en pratique avancée en application de la loi, et des personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret⁷⁹⁴. Ces exceptions témoignent de la possibilité d'une imitation sans titre mais

⁷⁹³Exceptions apportées à celle-ci notamment par les articles L. 4111-7 et L. 4131-4-1 du CSP (L. n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 146- VII ; L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 52).

⁷⁹⁴Art. L. 4161-1 5° CSP.

encadrée par les textes.

434. ***L'appréciation par le juge des actes d'imitation.*** Le juge devra donc analyser à la fois les actes accomplis par l'imitateur et les textes qui autorisent ou non les personnes à les accomplir. En dehors des exceptions prévues par décret, peu importe l'aptitude du comportement à créer une méprise, celle-ci devra être présumée irréfragablement. C'est bien le fait d'avoir illicitement imité un médecin qui est réprimé. La seule absence de qualité à agir suffit à la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction.

Il arrive en outre que des médecins n'ayant plus le droit d'exercer entrent dans une imitation illicite. Cette infraction d'exercice illégal devient alors un exemple flagrant d'imitation continue qui au-delà de caractériser une imitation de personnage semble parfois se rapprocher d'une imitation de soi.

b) *Les médecins n'ayant pas qualité actuelle*

435. ***Différentes situations prévues par le texte.*** L'article L. 4161-1 du Code de la santé publique prévoit quatre situations dans lesquelles le médecin commet un exercice illégal. D'abord celui qui, muni d'un titre régulier, sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes mentionnées aux 1° et 2°, avec l'effet de les soustraire aux prescriptions du présent titre. Puis, le médecin non inscrit à un tableau de l'ordre des médecins. Ensuite, celui qui subit une peine d'interdiction temporaire prévue par la loi. Enfin, le médecin étranger diplômé mais ne remplissant pas les conditions de nationalité exigées par la loi.

436. ***Le médecin prêtant son concours à des personnes sans diplôme.*** Premièrement, un médecin entre dans une imitation illicite s'il aide des non médecins à exercer illégalement. Tel est le cas par exemple d'un individu non diplômé qui effectue des diagnostics en observant l'iris de l'œil, même en présence d'un docteur en médecine⁷⁹⁵. L'article L. 4161-1 limite la liste des personnes que le médecin n'a pas le droit assister.

⁷⁹⁵Cass. crim., 21 décembre 1961, B. crim. n° 54 ; V. également Cass. crim., 23 décembre 1955, B. crim. n° 603 ; V. Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 04-80056, non publié au bulletin ; Cass. crim., 8 mars 2011, B. crim. n° 50 ; AJ pénal 2011. 305, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; Cass. crim., 17 mai 1983, B. crim. n° 145.

437. **Le médecin non inscrit à un tableau de l'ordre.** Le médecin qui exerce encore sa profession alors qu'il n'est pas ou plus inscrit au tableau de l'ordre des médecins commet une imitation illicite⁷⁹⁶. On voit bien la nécessité d'une habilitation pour que l'exercice soit légal.

438. **Le médecin subissant une interdiction temporaire.** Le médecin peut avoir subi une interdiction temporaire. Cette sanction est prononcée par une juridiction disciplinaire – car elle n'est pas une sanction judiciaire. Le médecin interdit entre dans une imitation illicite, s'il est averti de cette sanction⁷⁹⁷, s'il n'a pas intenté un recours susceptible d'en suspendre l'exécution⁷⁹⁸ et enfin si la sanction est définitive⁷⁹⁹. Commet ainsi les délits d'exercice illégal de la profession de médecin et d'usurpation de titre, diplôme ou qualité le médecin qui, après avoir demandé sa radiation en raison de son âge, pratique des expertises pour le compte d'organismes de prévoyance chargés de verser des indemnités d'arrêts-maladie⁸⁰⁰.

439. **Le médecin étranger.** Enfin, se ra sanctionné le médecin détenteur d'un diplôme étranger mais exerçant en France sans remplir les conditions de nationalité imposées par la loi⁸⁰¹. Cette catégorisation des différentes personnes n'ayant pas qualité à exercer la médecine se comprend au regard de la protection de la santé publique.

Dans le même ordre d'idée, au nom de l'intérêt général, il est normal que certaines personnes ne puissent pas exercer la profession d'avocat.

2) *Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la profession d'avocat*

440. **Absence de titre actuel.** La situation de l'individu qui imite un avocat en accomplissant des actes réservés sans en avoir la qualité ne pose *a priori* aucune difficulté. Il s'est rendu coupable d'exercice illégal en ayant commis une imitation illicite alors qu'il n'était pas

⁷⁹⁶V. par ex. Cass. crim., 5 octobre 1960, B. crim. n° 428, en application de l'article L. 4112-5, alinéa 3, du Code de la santé publique.

⁷⁹⁷Cass. crim., 24 mai 1955, B. crim. n° 262; V. également T. corr. Saint-Nazaire, 6 décembre 1951, D. 1952, 83.

⁷⁹⁸Cass. crim., 28 mars 1950, D. 1950, 302, toutefois, « si l'appel interprété à l'encontre du conseil régional de l'ordre a un effet suspensif, il n'en est pas de même du recours exercé devant le Conseil d'État à l'encontre de la décision de la section disciplinaire - dans les textes actuellement en vigueur, chambre disciplinaire nationale - du Conseil national de l'ordre ».

⁷⁹⁹Par ex. Cass. crim., 4 novembre 1953, D. 1954, 46.

⁸⁰⁰Cass. crim., 12 janvier 2010, D. 2010, 45, obs. M. VERON.

⁸⁰¹Cass. crim., 17 juillet 1987, n° 86-94968, non publié au bulletin. Exerce illégalement le titulaire d'un « certificat de réception au doctorat de la Faculté de médecine de Rabat », sans équivalence ou dispense lui permettant d'exercer en France sa profession de médecin.

régulièrement inscrit à l'un des barreaux de la métropole ou des collectivités d'outre-mer selon les conditions énumérées par l'article 11 de la loi de 1971⁸⁰². Et ce, même s'il a tout simplement « anticipé » sur une future inscription au barreau. Par exemple, un futur avocat en attente d'une inscription ne saurait se prétendre appartenir au corps d'avocat et accomplir les actes réservés à ce corps. Seule une habilitation claire et précise permet le rattachement de l'avocat à ses pairs.

441. **Disparition du titre.** Il arrive parfois que l'agent ait perdu sa qualité, suite à une suspension ou encore une radiation. Dans ce cas, son titre n'étant plus actuel, la décision de sanction étant légalement exécutoire, il ne peut plus exercer sa profession ancienne d'avocat. C'est dans ce sens que la chambre criminelle s'est prononcée récemment dans un arrêt du 11 mars 2015, le soi-disant avocat ayant été radié deux fois par le conseil de l'ordre, car la deuxième peine n'avait pas été jointe à la première.

Ainsi, pour que l'exercice soit illégal, autrement dit qu'il devienne une imitation illicite, le prévenu ne doit pas avoir la qualité d'avocat au moment de l'accomplissement de ou des actes réservés⁸⁰³.

Du point de vue du concept d'imitation ces exemples illustrent particulièrement comment le droit détermine en quelque sorte des modèles à ne pas imiter sous peine de sanction. Il reste que les infractions d'exercice illégal d'une profession sont caractérisées par une intention à commettre le délit.

⁸⁰²Selon l'article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, pour accéder à la profession d'avocat, la personne doit notamment être français, ressortissante d'un Etat membre des Communautés européennes ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou ressortissante d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à ces Communautés ou à cet Espace économique qui accorde aux Français la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France, sous réserve des décisions du conseil des Communautés européennes relatives à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne ou avoir la qualité de réfugié ou d'apatride reconnue par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Ou encore, il ne doit pas avoir été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation.

⁸⁰³Ajoutons que le monopole des avocats connaît certaines limites. En effet, il est conditionné notamment par les « droits exclusifs ou concurrents de certains groupes de professionnels » (V. sur ce point C. RIBEYRE, *Usurpation de fonctions*, op. cit., n° 70). L'article 4 de la loi de 1971 prévoit ainsi que « les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des organisations syndicales régies par le Code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès », donc en matière prud'homales, de baux ruraux ou de sécurité sociale.

Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation illicite d'une profession protégée

442. *Des infractions intentionnelles.* L'élément moral est le même dans les deux infractions d'exercice illégal. Au regard de l'article 121-3 du Code pénal, ces infractions sont intentionnelles s'agissant de deux délits. Plus précisément, les textes supposent un dol général qui se caractérise par l'accomplissement volontaire des actes, en ayant conscience de ne pas avoir qualité pour agir. Ainsi, l'imitateur doit-il avoir eu la volonté d'imiter consciemment et illicitement – en sachant ne pas avoir la qualité pour exercer la profession. *A priori*, l'erreur de fait ou de droit commise par l'imitateur devrait faire disparaître l'intention. Et il n'est pas utile de chercher si l'imitateur a agi en ayant conscience que son comportement était susceptible de créer une méprise.

443. *Pour conclure sur l'imitation d'actes réservés à une profession réglementée.* L'accomplissement d'actes réservés à une profession réglementée ne peut être réalisé que dans les limites fixées par le législateur et dans le respect de la déontologie professionnelle⁸⁰⁴. Tous manquements à ces règles, et notamment l'imitation illicite représentent des atteintes à l'autorité de l'État. Mais la sanction de ces infractions permet également de garantir la qualité d'exercice d'une profession et la confiance nécessaire de la part du public envers les professionnels concernés.

On peut toutefois remarquer quelques lacunes dans les dispositions. D'une part, le législateur limite la liste des objets protégés, parfois sans justification. D'autre part, il ne sanctionne pas toujours le comportement d'imitation-simulacre, ce qui amène le juge à élargir imparfaitement l'infraction d'imitation-reproduction.

⁸⁰⁴ Ces comportements d'imitation sont contraires à la déontologie et portent atteinte à l'intérêt collectif de la profession. L'imitation d'un personnage au travers d'attributs symboliques atteint non seulement l'autorité publique mais également les corps des métiers visés par le comportement d'imitation. Les ordres professionnels chargés de la défense de leurs propres intérêts peuvent se constituer parties civiles. C'est ainsi que le conseil régional de l'ordre des experts-comptables de Bretagne s'est constitué partie civile pour un exercice illégal d'expert-comptable (Cass. crim., 18 juin 2002, B. crim. n°135, Dr pénal 2002. Comm. 140, obs J-H. ROBERT) ; ou encore l'ordre des avocats pour une usurpation de titres (Cass. crim., 13 novembre 1996, n° 95-85459, non publié au bulletin). Les médecins et les syndicats intéressés ainsi que le Conseil national ou départemental de l'ordre des médecins peuvent se constituer partie civile en cas d'exercice illégal de la médecine ou usurpation de titre ; ils peuvent exercer tous les droits réservés à la partie civile, prévus par le Code de la santé publique. Et de manière générale, peuvent également se constituer partie civile toute personne invoquant un préjudice direct et personnel, ayant subi l'apparence illusoire créée par l'imitateur (V. par ex. Cass. crim., 1^{er} octobre 1990, Dr. Pén. 1991. Comm. 2).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

444. *La sanction pénale d'imitations illicites de personnages publics.* Les infractions d'usurpation ou d'exercice illégal de profession sanctionnent spécifiquement des imitations illicites de personnages., caractérisées par leur pouvoir à créer une apparence illusoire dans l'esprit du public et, par voie de conséquence, un préjudice à autrui.

445. *L'illicéité en l'absence d'autorisation par l'autorité publique.* L'imitation d'un personnage n'est pas toujours répréhensible, et nous avons vu qu'elle était même socialement essentielle. En particulier, l'autorité publique régleme les attributions des professions dont elle estime la protection nécessaire au regard notamment de la confiance que l'on peut et doit leur accorder. Ainsi, par décision d'un organe public, un individu habilité peut intégrer un groupe professionnel d'appartenance et être autorisé à imiter ses pairs pour tous les actes et attributions inhérents à la fonction sociale de ce groupe.

En dehors de cette autorisation, l'imitation d'un personnage public est illicite. Et s'agissant de protéger des attributs particuliers - costumes, uniformes, décorations, fonctions, titres, etc. - le législateur choisit d'exercer clairement la répression du double aspect de l'imitation : d'une part, celle que nous avons qualifiée d'**imitation-reproduction** et d'autre part, les comportements relevant d'une **imitation-simulacre**.

Dans les deux cas, parce que le personnage imité est public, et donc connu de tous les citoyens, il est peu utile pour le juge de rechercher spécifiquement l'existence d'un modèle et sa représentation dans l'esprit du mime. Par l'essence même de l'objet d'imitation, son caractère symbolique, ce critère constitutif d'un comportement d'imitation sera évident. Tout au plus, l'imitateur pourra démontrer une erreur de fait ou de droit pour expliquer l'absence de droit ou de titre l'autorisant à imiter le modèle.

446. *La sanction d'une imitation-reproduction et d'une imitation-simulacre.* Si l'agent de l'infraction utilise de **véritables attributs protégés ou pratique des actes réservés**, il commet **une imitation-reproduction** dont il ne sera pas nécessaire de démontrer l'**aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public**. En effet, en fusionnant son apparence avec celle du personnage qu'il imite, il crée une image identique à la réalité, qui comporte un fort risque de duper le public. L'image est parfaite mais elle est fausse, c'est une illusion.

En revanche, lorsque l'imitateur utilise des **moyens ou accomplit des actes**

ressemblants, il produit, par une **imitation-simulacre** une image qui représente une réalité, mais dont **la capacité à donner apparence trompeuse de la réalité devra être appréciée par les juges**. Si les moyens utilisés ressemblent suffisamment aux originaux pour risquer d'être confondus avec de vrais attributs et évoquer le modèle, l'élément matériel de l'imitation-simulacre est caractérisé. Ainsi, une telle imitation n'est réprimée que si elle produit une image erronée mais symbolisant un modèle personnage, quel que soit d'ailleurs l'effet produit dans l'esprit du public. Ce n'est donc pas le résultat de l'imitation que sanctionne le législateur à travers les infractions d'imitation d'un personnage public, mais bien le comportement *per se*.

447. ***La limitation non justifiée de la sanction d'une imitation-simulacre.*** Toutefois, il faut noter que le législateur n'a **pas toujours prévu de réprimer l'imitation-simulacre**, notamment, en ce qui concerne les infractions générales d'usurpation de titre, de diplôme et de qualité, ainsi que d'exercice illégal de certaines professions. En effet, la loi ne prévoit de sanctions que lorsque l'imitateur a usé de véritables titres, diplômes ou qualités, ou encore a accompli des actes exacts et réservés aux professions considérées. Il s'agit alors d'imitation-reproduction dont l'aptitude à créer une méprise dans l'esprit du public est présumée de manière irréfragable. Ou alors, le législateur a prévu la sanction de l'imitation-simulacre seulement à travers certaines infractions spéciales.

La jurisprudence a tenté d'élargir le champ d'application de l'infraction générale d'usurpation de titre, en cherchant à apprécier le risque de méprise, la traitant ainsi comme une imitation-simulacre. D'autres infractions peuvent être appliquées, si tous les éléments constitutifs sont réunis, tels que l'incrimination d'escroquerie, qui devient alors en matière d'imitation de personnage une infraction « palliative ».

CONCLUSION DU TITRE I

448. *L'existence d'infractions d'imitation comportementale personnelle.* Nous venons d'établir que le législateur sanctionne, certes sans l'identifier clairement comme tel, un comportement d'imitation personnelle au travers des infractions d'usurpation d'identité ou de fonctions, titres, diplômes ou qualités ou encore de port ou d'usage de signes publics. Elles ont en effet pour éléments constitutifs tous les critères d'un comportement d'imitation personnelle et nous les nommerons « **infractions d'imitation comportementale personnelle** ».

449. *Une référence à un modèle : personne ou personnage.* Premièrement, toutes les infractions d'usurpation sont construites en **référence à un modèle**, qui peut être une **personne** ou un **personnage déterminé**. Dans le premier cas, l'imitateur aura pris pour lui les éléments identificatoires personnels d'un autre individu ; dans le second, les attributs et attributions d'un personnage tels qu'ils ont été définies ou réglementés par le droit.

450. *Une représentation préalable du modèle dans l'esprit de l'imitateur.* L'imitation suppose l'existence d'une **représentation préalable du modèle dans l'esprit du mime**. Ce critère est différemment considéré par le droit suivant la catégorie de modèle.

S'agissant d'une **imitation de personnage**, **l'existence du modèle et de sa représentation dans l'esprit du mime ne peut en aucun cas être remise en cause**. Car il s'agit de personnages publics (ou habilités par une autorité publique, connus et représentables par tous les citoyens).

S'agissant d'une **imitation de personne**, l'infraction d'usurpation d'identité impose **l'existence d'un modèle vivant**. Le prévenu peut tenter de démontrer qu'il n'avait pas conscience de l'existence du modèle et qu'il ne pouvait donc pas se le représenter. En outre, d'autres infractions plus larges trouvent à s'appliquer. Il peut s'agir de sanctionner un individu qui a menti sur sa véritable identité, les infractions de mensonge sur le nom ne constituant pas un comportement d'imitation personnelle.

451. *L'intention de l'imitation.* Par ailleurs, ce critère de représentation préalable du modèle permet plus précisément de **déduire le dol général de l'infraction d'imitation**. En effet, toute imitation étant intentionnelle, elle inclut nécessairement l'intention et la volonté de l'imitateur de s'approprier les éléments identificatoires personnels ou symboliques d'une personne ou d'un

personnage afin de créer une apparence illusoire.

452. *Des imitations-reproductions et des imitations-simulacres.* Les infractions d'imitation comportementale personnelle peuvent être distinguées selon deux catégories : d'une part, les imitations-reproductions et d'autre part, les imitations-simulacres.

Imitation-reproduction. Lorsque l'imitateur utilise de véritables moyens (éléments identificatoires personnels d'une personne, attributs symboliques d'un professionnel ou d'un personnage public) pour créer une illusion et plus particulièrement une **apparence de la réalité**, il accomplit une imitation-reproduction. En particulier, l'agent de l'infraction d'usurpation produit une **image identique du modèle, difficilement distinguable de celui-ci**.

Imitation-simulacre. Lorsque l'imitateur utilise des moyens ressemblants, son comportement a l'**apparence d'une réalité**, qui n'est pas LA réalité mais qui lui ressemble. Par d'autres moyens ressemblants, il aurait pu produire une autre image qui aurait été également une apparence de réalité, mais toujours différente de la réalité. Cependant, parce que le mime cherche à produire une **image symbolisant le modèle**, c'est-à-dire susceptible d'être associée mentalement à celui-ci, l'imitation est simulacre.

453. *L'effet de l'imitation sur le public observateur.* L'imitation personnelle peut avoir pour effet d'entraîner une **confusion dans l'esprit du public**, et nous avons vu que les infractions dites de ressemblances comprenaient dans leur rédaction la prévision d'un risque **de méprise ou de confusion**. Sa prise en compte dans la caractérisation de l'infraction dépendra de la qualification de l'imitation.

Imitation-reproduction et présomption d'une aptitude à causer une méprise. Lorsque l'imitateur produit une image identique au modèle (à l'aide de véritables éléments d'identité ou attributs symboliques), **il n'est pas nécessaire de démontrer l'aptitude de son comportement à créer une confusion avec la réalité**. Au contraire, il est présumé que les capacités sensorielles d'un observateur ne peuvent pas suffire à distinguer le vrai du faux, le modèle et son image, car l'illusion est parfaite ou quasi-parfaite.

Imitation-simulacre et recherche d'une aptitude à causer une méprise. En revanche, lorsque l'imitateur cherche à produire une image du modèle en utilisant des moyens ressemblants, la possibilité de pouvoir combattre l'illusion par la perception des différences entre le faux et le vrai est prise en compte. Ainsi le juge pénal doit-il comparer la réalité modèle, ou l'image du modèle, et l'apparence ressemblante ou l'image créée par l'imitateur. Apprécier le degré de ressemblance revient alors à **interroger l'aptitude de l'imitation à causer une**

méprise dans l'esprit du public. Et c'est seulement si l'imitateur a produit une image vraisemblable du modèle que son comportement pourra être considéré comme illicite.

454. *La restriction de la sanction de l'imitation par l'article 433-17 du Code pénal.* **L'imitation d'un personnage est réprimée *per se* à la différence de l'imitation d'une personne qui impose pour sa qualification une condition supplémentaire objective ou subjective de circonstance.** Une telle approche se justifie au regard de l'objet protégé. En effet, le personnage est une entité qui représente des prérogatives attribuées par les pouvoirs de l'autorité publique. En ce sens, **toute imitation de personnage officiel ou réglementé est une atteinte à l'autorité publique. Alors que la personne est protégée pour ce qu'elle est et non pour ce qu'elle représente et son imitation n'atteint éventuellement qu'elle-même.** Ainsi, pour être passible de sanction, l'imitateur d'une personne devra avoir démontré également une intention particulière de nuire ou avoir agi dans des conditions qui ont ou auraient pu détourner sur autrui des poursuites pénales.

455. Nous pouvons maintenant porter notre analyse vers des infractions qui sont parfois reconnues directement par le droit comme des imitations matérielles. Il s'agit cependant de les analyser selon les critères d'un comportement d'imitation. Plus précisément, nous nous intéresserons à l'imitation illicite d'une chose, qu'elle soit privée ou publique.

TITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE

456. **Définition d'une chose.** Nous avons qualifié l'imitation d'unilatérale lorsqu'elle ne concerne qu'un seul individu imitateur. Celui-ci peut prendre pour modèle de son comportement, une personne ou un personnage comme nous venons de le voir, mais aussi une chose.

Les choses ici doivent être entendues comme tous les objets qui « servent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins, soit directement en se servant d'[eux], en recueillant leurs fruits, voire en les détruisant, soit indirectement en les échangeant contre d'autres choses, plus propres à satisfaire ces besoins »⁸⁰⁵. On parle aussi de choses corporelles et de choses incorporelles. Les premières sont accessibles à la perception car elles présentent une enveloppe matérielle. Les secondes sont plus idéelles car elles sont dépourvues d'existence physique.

457. **Imitation d'une chose et contrefaçon.** L'imitation d'une chose, lorsqu'elle est illicite, renvoie incontestablement aux infractions de contrefaçon. Mais celles-ci correspondent également à une grande diversité d'incriminations dans différents domaines du droit, tels que le droit pénal mais encore le droit de la propriété intellectuelle. Seules les contrefaçons définies juridiquement comme des « reproductions » ou « imitations » de choses protégées par le droit intéressent le concept d'imitation, parce qu'elles incluent un acte de fabrication illicite d'une chose, donc potentiellement la création d'une apparence illusoire.

D'une part, sont protégées des choses corporelles ou incorporelles telles que les signes distinctifs de l'État et de l'autorité publique – monnaie, sceau ou encore timbre - ainsi que des écrits et autres supports de la pensée à valeur probatoire. D'autre part, sont protégées des choses incorporelles, comme les biens intellectuels – œuvres de l'esprit, inventions ou encore marques de fabrique.

458. **Imitation d'une chose et imitation de personne.** Au regard du modèle de l'imitation, cette première distinction offre déjà une piste de réflexion intéressante. Un bien intellectuel n'a pas besoin d'un support pour être protégé. Il peut être matérialisé par la fabrication d'une chose qui sera éventuellement reproduit licitement en grand nombre d'exemplaires. L'imitation illicite de cette conception de l'esprit se matérialisera donc également par la production d'une chose. Il

⁸⁰⁵F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Précis : Dalloz, 4^{ème} éd., 1992, n° 12, p. 11.

s'ensuit que pour constater l'imitation d'une chose incorporelle, le juge devra nécessairement apprécier la reproduction d'un objet matériel. Toutefois, on ne pourra pas la qualifier d'imitation « matérielle » la chose devant être matérialisée. Ainsi parlerons-nous d'une imitation « matérialisée ».

Lorsque le modèle de l'imitation est une chose corporelle, le comportement consiste en la reproduction de celle-ci et l'on peut le qualifier sans difficulté d'imitation « matérielle ».

Par ailleurs, lorsque le modèle du comportement d'imitation est une chose, il n'est plus question, *a priori*, d'une imitation personnelle. L'individu ne paraît pas se faire passer pour un autre en s'appropriant les attributs identitaires ou symboliques d'un autre. Imiter une « *res* » correspond à reproduire l'apparence de cette chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle⁸⁰⁶. Et cette apparence, l'imitateur ne la « porte » pas sur lui, en créant une illusion sur son identité ou sa fonction sociale ; elle est d'abord extérieure à lui, portée par la nouvelle chose produite pour donner l'illusion d'être la chose originale.

Toutefois, certaines choses incorporelles sont liées à une personne. Intellectualisées, elles sont une « émanation de la personnalité ». C'est le cas des œuvres littéraires et artistiques mais aussi des inventions, qui constituent des créations intimement liées à leur créateur.

459. ***Problématique de l'imitation d'une chose créée ou fabriquée.*** Le questionnement se porte alors sur la nature éventuellement cachée du modèle. Le modèle de l'imitation semble être une chose, le comportement consistant à créer l'apparence matérialisée de celle-ci. Toutefois, il se peut aussi que, par cet acte, l'imitateur n'ait pas tant pris la création pour modèle que le créateur de celle-ci. Le résultat du comportement conduit, en effet, à une confusion de personnes. Il serait alors possible de parler d'une **imitation d'autrui au travers de sa création**, où l'imitation matérialisée est le moyen d'une imitation personnelle. On voit ici que l'imitation d'une chose soulève fondamentalement la question du rapport entre imitation « matérielle », imitation « matérialisée » et imitation « personnelle ».

Cependant un tel raisonnement ne saurait s'appliquer à toutes les choses incorporelles. Les titulaires du droit des marques ne sont en effet pas à considérer comme des créateurs. Comme le relève justement MM. le Professeur Patrick TAFFOREAU et M. Cédric MONNERIE, « ils n'ont pas développé une activité inventive ou artistique »⁸⁰⁷. La marque de

⁸⁰⁶Apparence du vent, de la pluie, d'une idée...

⁸⁰⁷P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Issy-les-Moulineaux : Gualino-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2015, p. 31.

fabrique, à la différence des autres éléments protégés par le droit de la propriété intellectuelle, permet « aux acteurs économiques de distinguer leurs produits ou leurs services de ceux des concurrents »⁸⁰⁸. Elle a pour fonction essentielle « de garantir que tous les produits ou les services qui portent une même marque ont une origine industrielle ou commerciale commune »⁸⁰⁹ notamment pour le consommateur. Ainsi, la marque s'adresse d'abord à la clientèle, même si elle permet « d'organiser les relations des concurrents entre eux au sujet des signes qu'ils apposent sur leurs produits ou leurs services »⁸¹⁰. C'est d'ailleurs ainsi que s'est exprimée à plusieurs reprises la Cour de Justice des Communautés Européennes dans différents arrêts⁸¹¹ sur la fonction de la marque : « la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance »⁸¹².

L'imitation de la marque n'interroge donc pas tant sur la confusion possible entre l'imitateur et le titulaire que sur son effet sur le public. De plus, la confusion possible entre la matérialisation de la chose originale et l'apparence de la chose matérialisée produite par l'imitation ne constitue pas, semble-t-il, l'effet final visé par l'imitateur, désigné ici par les termes d'utilisateurs, clientèle, ou consommateurs. En reproduisant un signe distinctif permettant de relier une chose à une origine garantie, l'imitateur cherche *a priori* à créer une confusion, non pas des titulaires de la marque, ni tant des choses matérialisées mais entre l'origine de la chose perçue et une origine industrielle ou commerciale protégée. Autrement dit, l'imitation d'une marque ne permettrait plus l'identification par le public de l'origine d'un produit ou d'un service parce qu'elle romprait le lien entre ceux-ci et un signe garantissant leur authenticité. Dans ce sens, elle perturberait gravement les échanges sociaux, en atteignant la confiance qu'un utilisateur peut avoir dans les produits ou services qui lui sont proposés.

Cet effet de l'imitation sanctionnable par le droit des marques se rapproche ainsi

⁸⁰⁸C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER (contributeur), *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Ellipses, 2^{ème} éd., 2015, V^o Marque.

⁸⁰⁹P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 31.

⁸¹⁰P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, id., p. 31. ; P. VIVANT, *Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque ?*, Gaz. Pal. 2008, n°311, p. 18. Pour l'auteur, « le droit de propriété est conféré à la marque en raison de cette fonction d'origine du produit et ainsi de distinction avec les produits concurrents. Or, lorsqu'un tiers vient contrefaire la marque dans la vie des affaires, c'est cette fonction qui est en danger » ; V. notamment G. BONET, *Droit national de marque et application du Traité de Rome - Libre concurrence - Libre circulation des marchandises*, J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, fasc. 7600, 2005, n°9.

⁸¹¹Par ex. CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm c. Winthrop, aff. 16/74, Rec. p. 1183 (point 8) ; CJCE, 23 mai 1978, Hoffman-La Roche, aff. 102/77, Rec. p. 1139 (point 7) ; CJCE, 20 mars 2003, LTJ Diffusion c. Sadas Verbaudet (arrêt « Arthur et Félicie »), aff. C-291/00, Rec. I, p. 2816 (point 46).

⁸¹²CJCE, 12 novembre 2002, affaire C-206/01, Rec. I, p. 10273.

davantage de celui des contrefaçons réprimées par le Code pénal comme une atteinte à la confiance publique. C'est pourquoi nous choisissons de réunir les marques industrielles et commerciales et les signes de l'autorité publique pour étudier ce qui nous paraît pouvoir être nommer **l'imitation d'une chose garante de la confiance du public**. Outre les signes et autres marques distinctifs de l'État et de l'autorité publique seront concernés les écrits et autres supports de la pensée, protégés dans le Code pénal parmi les infractions d'atteinte à la confiance publique. Lorsque l'imitation admettra de tels modèles, par la reproduction manifeste de telles choses, nous nous attacherons particulièrement à analyser l'illusion créée aux yeux du public, entendu au sens large ou plus restreint d'utilisateurs. L'imitation d'une chose garante de la confiance du public soulève en effet, la question de la relation entre imitation « matérielle », « matérialisée » et reproduction d'actes.

Ces quelques remarques sur les contrefaçons dont le résultat est la production d'une chose fabriquée, révèlent d'emblée qu'un comportement d'imitation ne peut s'apprécier avec justesse que si l'on considère l'ensemble de ses éléments : un modèle, connu de l'imitateur et qu'il a l'intention d'imiter, un acte ou des actes et enfin un résultat qui aura un effet plus ou moins illusoire suivant la qualité des moyens et procédés utilisés.

460. **Démarche du développement.** Pour la suite de notre recherche, nous nous s'attacherons à comprendre comment est appréhendé et analysé le comportement d'imitation d'une chose. Le droit pénal constate évidemment l'acte matériel manifeste ; mais prend aussi en compte des éléments plus subjectifs, nous permettant d'évaluer l'acte d'imitation « matérialisée ».

Nous consacrerons donc un premier chapitre à l'étude de l'imitation de la création d'autrui, à savoir une œuvre artistique et littéraire ou encore une invention, qui semble renvoyer de prime abord à un modèle sinon personnel, du moins empreint de la personnalité ou de la créativité d'autrui (Chapitre 1). Puis nous verrons l'imitation d'une chose garante de la confiance du public, à savoir les signes publics, écrits et autres supports de la pensée, ainsi que les marques de fabrique, de commerce ou de service, qui semblent plutôt renvoyer à un modèle réel mais relatif à des actes réservés (Chapitre 2). Comme précédemment, la présentation de la protection des objets protégés permettra de distinguer par la suite imitation licite et illicite. Puis nous rapporterons le traitement juridique des infractions de contrefaçons, mais également d'usurpation, que nous pourrions qualifier ou non de constitutives d'un comportement d'imitation.

CHAPITRE I : L'IMITATION DE LA CREATION D'AUTRUI

461. **Art, création, créateur et imitation.** L'étude de l'imitation d'une création s'intéresse d'abord au rapport existant entre l'art et l'imitation. Nous avons vu comment les deux grands philosophes classiques ont abordé cette question au travers de la notion de mimesis⁸¹³. Le premier, PLATON, considérait que l'art, et donc le créateur, imite la nature mais en soulignait l'aspect trompeur, notamment dans l'art du simulacre⁸¹⁴. Le second, ARISTOTE, à travers son analyse de la tragédie, considérait l'imitation d'hommes en action, en retenant au contraire l'aspect novateur⁸¹⁵. C'est cette caractéristique que nous retiendrons pour notre analyse. En effet, comme le relève un auteur, « il n'y a pas dans l'art une volonté de copie stricte »⁸¹⁶. Dans ce sens, il ajoute que « l'artiste ne copie pas la nature mais s'en inspire. L'art lui-même ne réside pas dans la copie servile mais bien dans la transfiguration de son objet à travers le regard d'un artiste et c'est cette transfiguration qui fait l'œuvre »⁸¹⁷.

462. **Imitation et production.** Les biens intellectuels, que sont les créations, sont incorporels. Ainsi, ils n'ont pas d'existence physique. L'homme peut toujours matérialiser l'incorporel. Parler d'imitation d'une chose incorporelle nécessite toujours *a priori* que celle-ci soit matérialisée pour qu'elle soit re-produite ou copiée.

L'imitation de la création d'autrui n'est pas un comportement méconnu du droit. En effet, on connaît ce phénomène au travers de la notion de contrefaçon, entendue largement comme une atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Ce terme est cependant polysémique, dans la mesure où il y a autant d'actes de contrefaçons que de droits violés. De plus, la jurisprudence et la doctrine différencient la contrefaçon par reproduction et la contrefaçon par imitation. Selon cette distinction, la première a pour résultat une copie servile voire quasi-servile et la seconde une copie non servile, c'est-à-dire ressemblante. Or, nous avons déjà souligné que le comportement d'imitation ne saurait s'analyser sur le simple constat de son résultat.

463. **Champ d'application du droit de la propriété intellectuelle.** La création en droit est protégée par le droit de la propriété intellectuelle qui se divise en deux grandes classes : d'une

⁸¹³V. *supra* n° 14.

⁸¹⁴V. *supra* n° 15 et s.

⁸¹⁵V. *supra* n° 18 et s.

⁸¹⁶S. CARFANTAN, *Quelques leçons d'esthétique*, Philosophie et spiritualité, 2014, Chapitre 7, p. 105.

⁸¹⁷*Ibid.*

part, la propriété littéraire et artistique et d'autre part, la propriété industrielle. La première recouvre le droit d'auteur – comprenant les romans, poèmes, écrits divers, films, photographies, arts plastiques, sculptures, toiles, musiques - et les droits voisins - artistes interprètes ou exécutants sur leurs prestations, producteurs d'enregistrements sonores, les organismes de radiodiffusion sur les programmes télévisuels ou radiophoniques. Le droit de la propriété industrielle recouvre le droit des brevets – inventions -, le droit des dessins et modèles - créations ornementales – ainsi que le droit des signes/marques – marques commerciales, enseignes, noms de domaine, appellations d'origine et de provenance, etc., que nous décidons de ne pas étudier dans ce chapitre⁸¹⁸.

Le droit littéraire et artistique protège la création comme œuvre de l'esprit d'un créateur. Mais le droit à la propriété industrielle protège uniquement les brevets, les dessins et modèles comme création de l'esprit à vocation industrielle.

464. ***Théorie de l'unité de l'art***⁸¹⁹. « La protection des dessins et modèles s'applique à toute apparence d'un objet ou d'une partie d'objet »⁸²⁰ et est spécifiquement visée par le livre V de la partie protégeant les propriétés industrielles. Mais les dessins et modèles peuvent également être protégés par le droit d'auteur s'ils sont des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. On parle alors de la « théorie de l'unité de l'art ». Nous choisissons dans ce chapitre de ne pas étudier plus particulièrement les dessins et modèles, créations protégées dans la majorité des cas par le droit d'auteur, dans la mesure où ils respectent les conditions imposées par le droit.

465. ***Délimitation de l'étude relative à l'imitation de la création***. Pour mieux présenter l'imitation d'une création, nous pensons légitime de ne pas développer toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle mais seulement celles impliquant une création, émanation de la personnalité du créateur, à savoir, le droit d'auteur – le dessin ou le modèle pouvant être protégé par lui – ainsi que le droit des brevets.

Nous limiterons notre analyse aux grandes lignes du droit de la propriété intellectuelle. En effet, il s'agit d'un domaine complexe suivant les créations considérées pour lequel les textes

⁸¹⁸Dans la mesure où la confiance du public est engagée, V. *infra* n° 687.

⁸¹⁹V. notamment sur ce point J. RAYNARD, *Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art*, Propr. ind. 2002, chron. 2, p. 9.

⁸²⁰A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Dalloz, 7^{ème} éd., 2012, n° 1242, p. 705.

législatifs – nationaux, conventionnels et internationaux – comme la jurisprudence, forment un vaste ensemble qu'il serait fastidieux et peu utile de détailler dans ce travail.

Nous considérerons alors la contrefaçon comme l'atteinte à la propriété intellectuelle d'un créateur, droit qu'il a acquis pour une création préalablement protégée. Ainsi, il s'agira dans ce titre d'analyser d'une part, les créations protégées par le droit de la propriété intellectuelle (Section 1) puis d'autre part, le comportement d'imitation d'un créateur (Section 2).

SECTION I : LA PROTECTION DE LA CREATION CONTRE L'IMITATION

466. *Une création protégeable et protégée contre l'imitation.* La propriété intellectuelle d'une chose entraîne un monopole d'exclusivité de fabrication, d'utilisation ou encore de diffusion, qui permet au titulaire du droit de s'opposer à tout usage de sa chose par un tiers. Elle naît d'une création intellectualisée mais celle-ci ne suffit pas pour l'établir. Le droit, en effet, ne considère la contrefaçon qu'au regard de l'existence d'une création littéraire, artistique ou industrielle protégeable et protégée. Tout créateur ne peut prétendre à la protection de sa production et éventuellement se défendre contre une imitation illicite. Que ce soit en droits littéraire et artistique ou industriel, le législateur impose des conditions de fond (I) et de forme (II) à la protection d'une création. Cette étude sera l'occasion de repérer ce qui est protégé par le droit et donc, *a contrario*, celles pouvant être imitées tout à fait licitement.

I. Les conditions de fond d'une création protégeable

467. Les éléments constitutifs d'une œuvre littéraire et artistique (Paragraphe 1), différents de ceux d'une invention brevetable (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les éléments constitutifs d'une création littéraire ou artistique protégeable

468. Toute production littéraire ou artistique n'est pas une création appropriable, donc protégeable par le droit de la propriété intellectuelle. La protection n'intervient que s'il s'agit d'une œuvre de l'esprit (A) présentant certaines caractéristiques (B).

A. L'Objet de la protection : une œuvre de l'esprit

469. ***La définition juridique d'une œuvre de l'esprit protégeable.*** Au sens général du terme, une œuvre renvoie à un travail, une activité et par extension à son résultat⁸²¹. Mais cette définition ne saurait suffire pour le législateur. Outre l'exigence de l'existence d'un auteur, l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle énumère de façon non exhaustive une liste de choses pouvant être considérées comme œuvres de l'esprit, parmi lesquelles les livres, les brochures, les œuvres musicales, les chorégraphies, etc. Les articles suivants de ce Code y ajoutent les traductions ou arrangements d'œuvres originales. Cette liste ne peut permettre une protection de toutes les œuvres de l'esprit devant présenter certaines formalités.

470. ***Un acte matériel.*** Tout d'abord, une œuvre de l'esprit suppose une création intellectualisée, mais sans référence à l'intelligence effective du créateur, un incapable pouvant « œuvrer », et être protégé par le droit d'auteur⁸²². Ainsi, la création intellectualisée ne se définit pas par la capacité juridique ou intellectuelle de son auteur mais par la chose qu'il a créée. La création n'est pas un acte juridique mais un acte matériel. Si un incapable ne peut pas passer d'acte juridique, il peut être considéré comme créateur, et son œuvre devrait pouvoir être protégée par le droit de propriété intellectuelle. Comme le relève M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD, l'œuvre d'art⁸²³ trouve une structure qui « n'est pas uniquement matérielle, physique et quantitative, mais incorpore une création immatérielle et qualitative de l'esprit humain »⁸²⁴.

471. ***Une création intellectualisée et personnelle.*** Selon l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, pour qu'une création intellectualisée soit protégée par le droit d'auteur, elle doit, en outre, être appropriable. Autrement dit, la création littéraire ou artistique doit présenter un effort intellectuel créatif (ou innovant). Dès 1894, POUILLET expliquait que « la

⁸²¹G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris : PUF, 2016, V° Œuvre.

⁸²²Nous n'adhérons pas sur ce point aux propos de MM. les Professeurs Lucas et Mme LUCAS-SCHLOETTER qui semblent ajouter comme critère à la définition d'une œuvre de l'esprit la conscience d'un résultat (A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : LexisNexis, 4^{ème} éd., 2012, n° 55). Il paraît par ailleurs excessif de parler d'œuvre d'art pour celle qui est revendiquée comme telle, prétendant faire de la présentation un critère de définition de l'œuvre. Cela étant, ils considèrent que l'auteur n'a pas à avoir d'image préconçue de son œuvre. Aussi, il est davantage question de mesure concernant l'intervention du hasard et d'originalité. Donc selon nous, une œuvre peut naître de manière fortuite. Dans ce sens le hasard peut permettre une originalité, si l'auteur a mis sa « touche personnelle ».

⁸²³ Ainsi que, ajouterons-nous, l'œuvre littéraire.

⁸²⁴J.-M. TRIGEAUD, *Métaphysique personnaliste*, Bordeaux : Éditions Bière, 2017, p. 277.

loi protège l'auteur toutes les fois que son œuvre peut être considérée comme une production de l'esprit ou du génie, c'est-à-dire quand pour la créer, il a dû se livrer à un travail de l'esprit ou de l'intelligence⁸²⁵ : c'est ce travail personnel qui seul peut donner naissance à ce droit de propriété, et c'est ce droit, acquis ainsi, que la loi a entendu protéger indépendamment de la valeur et de l'étendue de (l'œuvre) à laquelle il s'applique »⁸²⁶. Avant et afin de produire une œuvre, il faut donc que l'auteur fasse preuve d'un effort mais surtout d'une activité créative⁸²⁷. Dans ce sens, un archéologue ne saurait prétendre à la protection offerte par le droit d'auteur pour la découverte d'une œuvre, préexistante à sa recherche⁸²⁸. Car l'effort, certes intellectuel, qu'il fournit n'a pas pour objet la création mais la découverte d'une chose dont il n'est pas l'auteur.

On ne saurait non plus protéger par le droit d'auteur un simple savoir-faire, inhérent à toute œuvre⁸²⁹ – et plus particulièrement dans les arts plastiques⁸³⁰. Un créateur peut donc être licitement pris pour exemple pour reproduire une technique, du moment que le résultat est différent de l'œuvre elle-même. Seule sa création, témoignant d'une activité créatrice, est protégée par le droit d'auteur. Ce dernier protège ainsi celui qui aura produit quelque chose suite à un effort intellectuel et créatif.

Dans le même sens, ne peuvent être considérés comme des créations les seuls enregistrements d'images ou encore de sons. Par exemple, celui qui enregistrerait des sons de la nature ne saurait se prévaloir de la protection offerte par le droit d'auteur s'il ne démontrait pas une certaine création. Comme le relèvent MM. les Professeurs André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS ainsi que Mme Agnès LUCAS-SCHLOETTER, « de telles œuvres impliquent certes une fixation, mais celle-ci n'est que la phase ultime du processus créatif. Au contraire,

⁸²⁵E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Paris : Marchal, Billard et Cie, 2^{ème} éd., 1884, p. 42. L'auteur semble aussi imposer une conscience mais nous considérons qu'un incapable peut également faire preuve d'esprit artistique.

⁸²⁶E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., p. 42.

⁸²⁷A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 49, p. 54. Les auteurs préfèrent parler d'activité créatrice plutôt que d'effort créatif estimant que ce terme prend en compte la diversité des processus de création, alors que la jurisprudence évoque un effort créatif.

⁸²⁸Il faut remarquer toutefois que des œuvres découvertes peuvent être divulguées après la mort de l'auteur. Dans ce cas non plus on ne saurait dire qu'il existe un droit d'auteur. Il existe un droit de publication posthume, devant respecter bien entendu les limites prévues par l'article L. 121-3 du CPI. Ce droit est exercé soit par les ayants-droit de l'auteur si l'œuvre est divulguée au cours des 70 ans post mortem, soit par le propriétaire de l'œuvre qui effectue la publication après les 70 ans. De nature différente, toutefois, le droit de publication posthume donne les mêmes prérogatives que celui détenu normalement par l'auteur. Ainsi, le bénéficiaire jouit du droit de représentation et de reproduction, droit de traduction ou encore d'adaptation.

⁸²⁹Quant à l'authenticité V. notamment J.-M. TRIGEAUD, *Métaphysique personnaliste*, Bordeaux : Éditions Bière, 2017, p. 277.

⁸³⁰V. dans ce sens TGI Paris, 26 avril 1989, Gaz. Pal 1989, 2, p. 425, pour une technique de coupe de cheveux ; V. également Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, RIDA 1/1995, p. 205, s'agissant d'un carnet de supporter de football.

l'enregistrement se ramène par définition à une « technique de fixation »⁸³¹. Ce que protège le législateur, c'est l'activité créative qui sous-tend l'œuvre littéraire ou artistique – qui pourrait être ici le choix de l'agencement des sons. Cela justifie la protection des œuvres créées à partir d'un ordinateur, à la condition que le créateur puisse démontrer une telle activité. Comme l'a rappelé la cour de Paris dans un arrêt du 12 octobre 1989, une création est « une production qui se manifeste par un effort, aussi minime soit-il, mais certain, qui a présidé à une nouvelle création dans le domaine des formes »⁸³².

Seront alors considérés comme créateurs littéraires et artistiques les écrivains, scénaristes, peintres, couturiers ou encore preneurs de sons, photographes dans la mesure où ils démontrent un effort intellectualisé, un choix pensé.

472. *L'exclusion de l'idée comme objet de protection.* M. le Professeur Ivan CHERPILLOD définit l'idée comme « une préconception dans l'esprit, une représentation qui, faute de concrétisation, n'a pas de réalité pour le droit d'auteur »⁸³³. Or, comme l'a bien exprimé DESBOIS, « les idées demeurent de libre parcours »⁸³⁴, elles ne sont donc pas protégées par le droit d'auteur. Dans ce sens, une idée peut tout à fait être reprise. Le nombre considérable de films de science fiction développant à l'infini le thème des voyages intergalactiques démontre bien qu'une simple idée n'est pas appropriable ni protégeable.

De fait, une telle exclusion de la protection n'est pas expressément prévue dans le Code de la propriété intellectuelle et c'est par un raisonnement *a fortiori* que l'on comprend que le législateur a permis cette limite, l'article L. 112-1 de ce Code protégeant les œuvres de l'esprit. COLOMBET en a déduit que « ce à quoi le législateur s'attache, c'est à la forme, non à l'idée elle-même »⁸³⁵. La simple idée d'un créateur peut être reprise et imitée tant qu'elle n'est pas formalisée. Il serait d'ailleurs illusoire de protéger les idées⁸³⁶. D'une part, parce qu'il serait bien difficile de prouver qu'un auteur a eu l'idée avant un autre, puisque « la pensée reste dans le

⁸³¹A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 54, p. 57.

⁸³²CA Paris, 12 octobre 1989, PIBD 1990, III, 154.

⁸³³I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, n°3.

⁸³⁴H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, Paris : Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, p. 22.

⁸³⁵C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique : et droits voisins*, Paris : Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1999, n° 25).

⁸³⁶E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., p. 45, qui considère que « la pensée reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre ». Il serait donc bien difficile de prouver qu'un auteur a eu l'idée avant un autre et ainsi devoir la protéger. Alors qu'une idée peut surgir de n'importe quel esprit, une mise en forme est beaucoup plus personnelle et subjective.

domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre »⁸³⁷. D'autre part, alors qu'une même idée peut surgir de plusieurs esprits, une mise en forme est beaucoup plus personnelle et subjective. Ainsi, selon l'article L. 111-2 du même Code, l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. Il faut « pour que l'œuvre existe, que, sous une forme ou une autre, la conception s'extériorise, qu'elle prenne corps hors de son auteur, qu'elle existe en dehors de lui »⁸³⁸.

D'ailleurs, le titre de l'œuvre, peu importe sa taille ou sa composition et association de mots, reste protégeable par le droit d'auteur, au regard de l'article L. 112-4⁸³⁹.

Dans ce sens, par principe, la création appropriable et protégée est une conception personnelle extériorisée par une œuvre, matérialisée selon une certaine forme⁸⁴⁰.

473. La communication de l'idée formalisée. La frontière entre idée simple et idée formalisée est parfois ténue, le caractère illégal d'une éventuelle imitation étant par conséquent difficile à établir. Pour MM. les Professeurs LUCAS et Mme LUCAS-SCHLOETTER, « l'œuvre doit se concrétiser dans une forme sensible susceptible d'être communiquée. [...] La forme doit être prise dans un sens large englobant tous les langages perceptibles aux sens »⁸⁴¹. C'est d'ailleurs ce point qui permet de distinguer le droit d'auteur du droit des brevets, l'inventeur essayant surtout de trouver une solution à un problème technique⁸⁴². Ainsi faut-il comprendre que c'est sa capacité à être communiquée qui rend tangible la formalisation d'une œuvre.

⁸³⁷E. POUILLET, id., p. 45.

⁸³⁸G. CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Paris : Montchrestien, 8^{ème} éd., t. 1, 1997, n° 1688.

⁸³⁹Toutefois, une question demeure concernant les titres courts, voire limités à un seul terme, car il est plus délicat dans ce cas d'apprécier l'effort intellectuel et personnel nécessaire pour formaliser une idée par un seul mot. D'ailleurs, la Cour suprême d'Autriche refuse d'accorder la protection par le droit d'auteur à un mot qui ne saurait constituer une œuvre littéraire (OGH 17 février 1987, cité par A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p 82).

⁸⁴⁰Toutefois, il a fallu trouver un moyen de protéger certaines idées. Sous certaines conditions, celles-ci peuvent être protégées sur le fondement de la concurrence déloyale, par l'article 1240 du Code civil (ancien Art. 1382). L'idée peut être protégée par l'action en concurrence déloyale en engageant la responsabilité civile. Ainsi doivent être réunies les conditions de la responsabilité civile, à savoir un dommage, une faute et un lien de causalité entre les deux. Cette faute consiste tout simplement en l'imitation de l'idée qui peut être considérée comme un agissement parasitaire. Certes par principe le fait d'emprunter une idée n'est pas en soi déloyal, comme l'a indiqué André Françon (A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris : Litec, 1999), cependant il y a concurrence déloyale si « l'utilisation a lieu en des circonstances et selon des modalités particulières qui heurtent les règles du fair-play ». Il est donc de l'appréciation des juges de constater si l'imitation est illicite. Nous ne rentrerons toutefois pas dans les détails ne relevant pas de la contrefaçon en matière pénale.

⁸⁴¹A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 63, p. 63.

⁸⁴²Ibid.

Ajoutons que, selon les articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle, peu importe l'achèvement de l'œuvre, sa taille, son intangibilité ou encore sa fixation, dans la mesure où l'œuvre peut être communiquée. Une œuvre présentée sur un support éphémère reste donc protégeable par le droit d'auteur.

Si certaines productions littéraires et artistiques démontrent une activité créative, la protection d'une œuvre de l'esprit reste subordonnée à certaines conditions.

B. Les caractéristiques d'une œuvre de l'esprit protégeable

474. Nous rejoignons le Professeur André LUCAS lorsqu'il considère que l'expression « œuvre de l'esprit » n'éclaire guère ce qu'elle recouvre concrètement⁸⁴³. Nous ne nous attacherons pas à analyser toutes les catégories des œuvres protégeables⁸⁴⁴ mais seulement à présenter les caractéristiques légales qui ouvrent droit à la protection juridique d'une œuvre de l'esprit. En particulier, si la condition d'originalité est exigée (1), d'autres caractéristiques sont indifférentes (2).

1) *La condition d'originalité*

475. *L'appréciation de la condition d'originalité.* M. le Professeur Michel VIVANT relève que l'appréciation de la condition d'originalité a fait couler beaucoup d'encre, notamment parce qu'elle n'est pas définie en principe dans les textes législatifs⁸⁴⁵. On ne la trouve expressément posée par le législateur que pour la protection du titre d'une œuvre de l'esprit, à l'article L. 112-4 précédemment cité⁸⁴⁶. Toutefois, issu de la jurisprudence du XIX^{ème} siècle, il est indéniable que ce critère est recherché dans toutes les œuvres, et unanimement admis par la doctrine. Il est donc important pour notre recherche de définir précisément cette condition puisque, en principe, imiter une œuvre ne présentant pas d'originalité ne serait pas illicite.

⁸⁴³A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, Paris : Dalloz, 5^{ème} éd., 2015, p. 12.

⁸⁴⁴Nous renvoyons le lecteur notamment vers A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, pp. 87 à 123 ; *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, pp. 162 à 243.

⁸⁴⁵M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 257, p. 259.

⁸⁴⁶L'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle semble d'ailleurs écarter cette condition dans la mesure il évoque la protection de « toutes les œuvres de l'esprit », sans référence à celle-ci ; V. sur ce point A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., n° 77.

476. ***La définition négative de l'originalité.*** En premier lieu, l'originalité est à distinguer de l'inventivité, notion bien spécifique aux brevets, ou encore du critère de nouveauté invoqué pour les marques. Reprenons le célèbre exemple exposé par DESBOIS : deux peintres fixant l'un après l'autre, sans s'être concertés, le même paysage sur leur toile, dans la même perspective et éclairage⁸⁴⁷ ; le second tableau, s'il n'est pas nouveau, démontre malgré tout une originalité au regard de la « transfiguration de son objet à travers le regard d'un artiste »⁸⁴⁸. Ainsi l'originalité ne doit-elle pas se déduire de la nouveauté, autrement dit au regard de l'antériorité d'une œuvre préexistante.

Pourtant, remarquent les professeurs LUCAS et Mme LUCAS-SCHLOETTER, le législateur lui-même ainsi que la doctrine ne sont pas très rigoureux dans l'utilisation des termes et la signification à donner à la condition d'originalité⁸⁴⁹. En effet, « le législateur lui-même donne le mauvais exemple en prenant parfois « original » comme antonyme de copie [dans l'article L. 122-5-2° et l'article L. 122-8 du CPI] ou comme synonyme de « préexistant » [à l'article L. 112-3, à la différence de l'article L. 113-2 al 2 qui utilise le terme « nouveauté »], acceptations qui ne correspondent pas à la définition classique »⁸⁵⁰. Par ailleurs, certains auteurs dénoncent l'assimilation tout en utilisant des termes qui prêtent à confusion, comme DESBOIS lui-même qui parle de « nouveauté subjective »⁸⁵¹.

La Cour de cassation n'hésite toutefois pas à censurer les juges du fond pour violation de la loi lorsqu'ils apprécient plutôt le critère de nouveauté pour considérer qu'une œuvre est protégée par le droit d'auteur⁸⁵².

477. ***Les deux conceptions de la condition d'originalité.*** Il est admis aujourd'hui que la condition d'originalité fait l'objet de deux conceptions : l'une subjective, qui est la thèse classique et l'autre, plus récente, objective⁸⁵³.

⁸⁴⁷H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, Paris : Dalloz, 3ème éd., 1978, n° 3.

⁸⁴⁸S. CARFANTAN, op. cit., p. 108.

⁸⁴⁹A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 128.

⁸⁵⁰Ibid.

⁸⁵¹Id., p. 129.

⁸⁵²Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, B. civ. n° 56, p. 36. Est censuré l'arrêt de la Cour de Paris refusant la protection du droit d'auteur d'un créateur en considérant la forme du bouton litigieux de la société Zip Zag dans la mesure où il ne saurait pas nouveau. La Cour de cassation rappelle que la protection en droit d'auteur ne concerne les œuvres qui présente non pas une nouveauté mais un « caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique » ; V. solution réitérée Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006 réitéré : Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, B. civ. n° 464, p. 400 ; RTD com. 2007, p. 77, obs. POLLAUD-DULIAN. L'originalité est donc bien exclusive de la nouveauté de l'œuvre.

⁸⁵³P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 71 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS,

478. *Une conception subjective de la condition d'originalité.* Traditionnellement, la jurisprudence se réfère à différentes expressions vraisemblablement inspirées de DESBOIS qui, dans son Traité de 1950, avait pour la première fois évoqué **cette conception subjective de l'originalité** d'une œuvre⁸⁵⁴ : « empreinte de la personnalité de l'auteur »⁸⁵⁵ ou « empreinte personnelle »⁸⁵⁶, « reflet »⁸⁵⁷ ou « expression de la personnalité »⁸⁵⁸, etc. Ces expressions soulignent l'attention portée à l'auteur de la création, à une époque où les œuvres étaient essentiellement classiques. Selon Mme le Professeur Marie-Eugénie LAPORTE-LEGEAIS, « la condition centrée sur l'auteur correspond bien à la nature personnaliste du droit d'auteur. L'auteur est au centre du dispositif et sa création n'est protégée que si elle est investie de sa personne »⁸⁵⁹. Bien plus, certaines décisions montrent que la création d'un auteur n'est protégée qu'au regard des éléments originaux de son œuvre. Par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juin 2009 a constaté qu'« après avoir justement relevé que les similitudes d'interprétations étaient sans incidence sur le droit d'auteur, c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond ont estimé que les seuls éléments reproduits, amplement répandus, étaient dépourvus de toute originalité, ayant été déjà utilisés « un nombre incalculable de fois » tant dans la musique classique, notamment dans les œuvres de Bach, Chopin ou Schubert, que dans les œuvres de variété, de sorte que de tels éléments ne pouvaient être invoqués pour fonder une action en contrefaçon »⁸⁶⁰. Autrement dit, aucune empreinte de la personnalité d'un auteur en particulier n'a pu être décelée dans cette interprétation musicale⁸⁶¹.

Cela étant, on ne peut que constater que cette conception subjective s'avère parfois infructueuse car fondée sur des notions floues⁸⁶², ce qui a amené les juges à objectiver la

A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 72 et s.

⁸⁵⁴Sans pour autant utiliser le terme d'originalité V. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, op. cit., note bas de page n° 2, p. 263.

⁸⁵⁵Pour un ex. de rejet Cass. crim., 16 juin 2009, B. crim. n° 123 ; Pour un ex. de cassation Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1998, B. civ. n° 162, p. 109.

⁸⁵⁶CA Paris, 1 avril 1957, D. 1957, p. 436, (1^{ère} espèce).

⁸⁵⁷CA Paris, 4 mars 1982, D. 1983, inf. Rapp. p. 93, obs C. COLOMBET.

⁸⁵⁸TGI Paris, 27 avril 1984, RIDA 1/1985, p. 192.

⁸⁵⁹M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, *Objet des droits d'auteur et titularité*, J.-Cl. Commercial, 2009, fasc. 710, n° 32.

⁸⁶⁰Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2009, n° 08-15749, non publié au bulletin ; Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, JCP DG 1997, II, 22973, (1^{ère} espèce), note X. DAVERAT ; D. 1998, p. 290 et s. (2^{ème} espèce) note crit. F. GREFFET ; Cass. crim., 7 octobre 1998, RIDA 1999, n°180, p. 327, RDPI 1999, n°98 p. 39.

⁸⁶¹V. en revanche pour une adaptation personnelle, s'agissant des improvisations de Manitas de Plata, Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 1970, RTD com. 1971, p. 705, note DESBOIS.

⁸⁶²P. TREFINGY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 41. Pour l'auteur, il est notable que cette « condition de protection des œuvres en termes de perception de l'empreinte de la personnalité de l'auteur soit passablement floue ; que

condition d'originalité.

479. *Vers une objectivation de la condition d'originalité.* La conception subjective de l'originalité se prêtant mal à l'appréciation d'œuvres moins classiques, tels les logiciels informatiques, les juges ont tenté d'aborder cette condition de manière plus objective. Dans ce sens, dans un arrêt du 19 novembre 1983, la première chambre civile a constaté l'originalité d'une base de données non pas en recherchant l'empreinte de la personnalité de l'auteur mais en comparant celle-ci à d'autres, produites antérieurement⁸⁶³. Il s'agissait de mettre en évidence l'apport personnalisé du créateur. Quelques années plus tard, l'Assemblée plénière a réitéré cette solution en constatant qu'« ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par M. PACHOT étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée ». La cour de Paris, « qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par M. PACHOT portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef »⁸⁶⁴. Les juges se réfèrent ici à la matérialisation de l'effort intellectuel et personnalisé, démarche plus objective.

Toutefois, de telles notions demeurent assez complexes à apprécier, même si elles paraissent quelque peu nécessaires notamment en matière de logiciel, de base de données voire d'art appliqué⁸⁶⁵, ou encore de ce que le droit allemand nomme les « petites monnaies »⁸⁶⁶, renvoyant aux créations utilitaires.

480. *Le choix ou la disposition des matières.* Par ailleurs, l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle semble caractériser les créations intellectuelles par le choix ou la disposition des matières. Si le texte préconise cette appréciation du choix pour les auteurs

la différence n'en soit pas aisée avec l'objet de la protection (formalisation d'idée), ainsi qu'avec la notion de mérite de l'auteur, considération pourtant légalement exclue ». De plus, le Professeur A. LUCAS rapporte les propos de M. SIRINELLI, selon qui « la vérité oblige à dire que l'on ne sait pas exactement en quoi consiste l'originalité » (A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p 118).

⁸⁶³Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1983, JCP G 1984, 20189, J. HUET ; V. également Cass. ass. plén., 30 octobre 1988, JCP G 1988, 20189, note A. FRANÇON.

⁸⁶⁴Cass. ass. plén., 7 mars 1986. II. 14713. JCP E, 1986, I 15791.

⁸⁶⁵Par ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1991, JCP G 1991. II. 21770, note H. CROZE ; Cass. crim., 7 octobre 1998, JCP G 1999, p. 1480, obs. GABIN, SARDAIN.

⁸⁶⁶ Expression utilisée en premier par A. Elster, *Gewerblicher Rechtsschutz*, De Gruyter, 1921, p. 40 (cité par Ch. GEIGER, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ?*, RIDE, vol. t. XX, 4, n° 4, 2006, p. 393).

d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, il semble qu'il soit possible de l'appliquer de manière générale. C'est ainsi qu'un photographe peut se prévaloir du droit d'auteur parce qu'il a photographié une chose selon une position et un angle particulier qu'il a choisi au préalable. Certains arrêts concernant des photographies de plateaux télé vont dans ce sens, et si, dans un premier temps, il a été considéré que les photographes d'émission ne bénéficiaient pas de la protection offerte par le droit d'auteur⁸⁶⁷, celle-ci a été par la suite admise, dans la limite de trouver dans l'œuvre la démonstration d'une création personnelle⁸⁶⁸ telle que la position des comédiens en dehors des scènes du film.

Plus récemment, suite à un arrêt de la cour de Paris, une partie de la doctrine s'est demandée si l'originalité ne pourrait pas être « synonyme d'arbitraire »⁸⁶⁹. En l'espèce, l'auteur d'un dictionnaire technique de la bourse et des marchés financiers se considérait imité par les membres d'une société qui avait recopié treize de ses définitions dans un glossaire servant de support de cours et distribué à des stagiaires, sans n'avoir mentionné ni son nom, ni la source des citations. Ainsi le problème était-il de savoir si les définitions étaient originales au point de permettre une protection du droit de leur auteur. Les juges du fond ont répondu par la négative. Ils ont constaté que, pour parvenir à la plus exacte définition possible de l'expression technique choisie, l'auteur avait dû utiliser des concepts objectifs ayant un sens précis et déterminé, principalement compris par les professionnels ou par des initiés, ce qui excluait toute idée d'arbitraire ou de libre choix des termes retenus. Ainsi, les définitions étaient-elles dépourvues de toute originalité.

S'agissant d'une œuvre plutôt technique, M. le Professeur Christophe ALLEAUME considère justement que l'originalité s'analyse plutôt au travers du choix discrétionnaire de l'auteur. Les Professeurs LUCAS et Mme LUCAS-SCHLOETTER « l'originalité non plus hypothétique empreinte de personnalité mais de l'arbitraire de l'auteur » peut en être déduite⁸⁷⁰. Ils ajoutent qu'il est reconnu ici que le choix révèle chez son auteur « une conscience du résultat »⁸⁷¹. C'est dans ce sens que la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré une œuvre de l'esprit, l'auteur ayant effectué des choix libres et créatifs et ayant imprimé sa touche personnelle⁸⁷².

⁸⁶⁷Cass. 1^{ère} civ., 1 mars 1988, n° 86-12213, non publié au bulletin.

⁸⁶⁸Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2000, n° 98-18741, non publié au bulletin.

⁸⁶⁹CA Paris, 26 septembre 2001, n° 1999/22377, Sté soficom SARL et a. c/ Sté Format finance SA.

⁸⁷⁰A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 80.

⁸⁷¹Id., p. 72.

⁸⁷²S'agissant de photographie V. également CJUE, 1^{er} décembre 2011, Painer/Axel Springer AG et autres, aff. C-145/10 (points 90-91). Pour la Cour, la photographie de portrait peut révéler les choix libres et créatifs de

On retrouve également cette approche dans des décisions récentes de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 9 avril 2015, la Haute Cour considère que la cour de Paris a légalement justifié sa décision en ce qui concerne son appréciation des œuvres en cause et de leurs ressemblances, en considérant que les choix arbitraires de l'auteur de l'œuvre conféraient à celle-ci une esthétique portant l'empreinte de la personnalité de celui-ci⁸⁷³, ce qui en faisait une œuvre originale. Ainsi serait protégé le choix de la forme et non plus la simple forme⁸⁷⁴. N'est-ce pas là confondre les deux conditions ?

En réalité, il faut préciser que ce choix arbitraire doit refléter l'apport personnel de l'auteur au regard de la forme. C'est ce qu'a rappelé l'arrêt de la première chambre civile du 29 novembre 2005⁸⁷⁵. En l'espèce, la rédactrice en chef d'une rubrique du magazine Marie Claire avait développé un concept de concours annuel des meilleurs produits de beauté. Après son départ de la rédaction, elle a reproché au magazine de continuer l'organisation du concours. Les juges du fond ont considéré que le concept en lui-même était une œuvre de l'esprit et condamné la société Marie Claire album pour contrefaçon. La Cour de cassation a estimé que « la propriété littéraire et artistique ne protège par les idées ou les concepts mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés » et que « les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur ». Le choix arbitraire ne saurait donc suffire, encore faut-il qu'il confère une originalité à la forme. Le Professeur Christophe ALLEAUME félicite les juges pour cette solution dans la mesure où elle permet la rupture avec le « subjectivisme et évite nombre des incohérences passées »⁸⁷⁶.

481. *La variation de la conception de l'originalité suivant les œuvres considérées.* Finalement, au regard de la jurisprudence, il semble qu'il se soit créé une catégorisation des

l'auteur de plusieurs manières, à des moments différents.

⁸⁷³Cass. 1^{ère} civ., 9 avril 2015, n° 13-28768, non publié au bulletin.

⁸⁷⁴A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., n° 80.

⁸⁷⁵Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 2005, Marie-Claire Album c/ Hamel, B. civ. n° 458, p. 384.

⁸⁷⁶C. ALLEAUME, *L'originalité serait-elle synonyme d'arbitraire ? Brèves remarques à propos du refus de protection d'un dictionnaire par le droit d'auteur*, LPA, 22 août 2002, n° 168, p. 12, note sous CA Paris, 26 septembre 2001, n° 1999/22377. L'auteur fait remarquer qu'une telle approche de l'originalité n'est pas sans poser problème notamment au travers du problème des droits moraux/droit de la personnalité. En effet, « serait-il raisonnable d'admettre qu'il suffise qu'une œuvre porte la marque de l'arbitraire de l'auteur pour que celui-ci soit automatiquement titulaire d'un droit moral/droit de la personnalité ? Ou ne vaudrait-il mieux pas limiter la reconnaissance du droit moral aux seuls auteurs d'œuvres portant la marque de leur personnalité ? La seconde réponse paraît plus logique. Mais elle montre surtout que l'on ne pourra pas toucher au concept d'originalité sans prendre le risque d'avoir à repenser l'ensemble du droit d'auteur contemporain ».

œuvres protégeables : celles dont l'originalité fera l'objet d'une conception subjective, et les autres, qui relèveront d'une conception objective. Ainsi, malgré les limites voire les défaillances de ces deux conceptions, sera recherchée, parce qu'elle est suffisante, la condition subjective d'originalité pour les œuvres littéraires, plastiques et musicales, alors que la condition objective sera plutôt à démontrer pour les œuvres techniques et scientifiques.

La preuve de l'originalité incombera à celui qui s'en prévaut. Et elle sera appréciée souverainement par les juges du fond. Cela étant, nous pouvons remarquer dans la jurisprudence que lorsqu'elle n'est pas soulevée par les parties, ces derniers ne prennent pas l'initiative de la rechercher⁸⁷⁷.

482. *Pour conclure sur les nécessaires conditions à la protection d'une œuvre de l'esprit.* Nous venons de voir les caractéristiques essentielles d'une création protégeable par le droit de la propriété intellectuelle. Au-delà d'une simple idée, elle est une œuvre de l'esprit c'est-à-dire qu'elle témoigne d'un effort intellectualisé que son auteur matérialise, grâce à une activité créatrice, pour l'intégrer dans le monde sensible et communicable des formes⁸⁷⁸. Elle reflète donc une nécessaire originalité révélant les choix arbitraires et l'empreinte de la personnalité de son auteur. La présence de ces caractéristiques est nécessaire pour qu'un créateur puisse se défendre contre toute imitation de sa chose pensée.

A côté de ces conditions essentielles, certaines caractéristiques de la création demeurent en revanche indifférentes au regard de la protection.

2) *Les caractéristiques indifférentes*

483. *Indifférences reconnues par la jurisprudence.* L'œuvre originale est protégée indépendamment de certaines caractéristiques de la création. Selon l'article 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, est prévue une protection quelque soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de l'œuvre de l'esprit. Cette indifférence est rappelée par les différentes chambres de la Cour de cassation : « sont protégées par les droits d'auteurs les œuvres, quels que soient le genre, le mérite ou la destination, à la condition que ces œuvres

⁸⁷⁷Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, JCP E 1992, I, 141, obs. M. VIVANT, A. LUCAS.

⁸⁷⁸V. sur ce point A. DUPEND, L'argument jusnaturaliste en droit privé patrimonial français, Thèse Bordeaux, 2014.

présentent un caractère original »⁸⁷⁹.

484. **Indifférence du genre et de la forme d'expression.** Peu importe le genre de l'œuvre⁸⁸⁰, le droit d'auteur permet la protection d'une œuvre d'art plastique, musicale, littéraire, audiovisuelle, etc. En outre, peu importe la forme d'expression, l'œuvre est également protégée, qu'elle soit écrite, visuelle, orale, peinte, sculptée, sur format informatique, etc. Autrement dit, l'œuvre originale est protégée sans considération de son mode de manifestation et de communication au public.

485. **Indifférence du mérite.** Le manque de mérite ne saurait être non plus pris en compte pour exclure la protection par le droit d'auteur. C'est dans ce sens que dans un arrêt du 25 janvier 2005, la Cour de cassation a rappelé que « les modèles réduits et copies d'œuvres architecturales jouissent de la protection légale dès lors que, quel qu'en soit le mérite, ils portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur »⁸⁸¹. L'indifférence de ce critère se traduit dans la pratique par une égalité entre les auteurs puisque le créateur d'un panier à salade⁸⁸² sera autant protégé qu'un créateur de bijoux. Comme le dit justement le Professeur Michel VIVANT, « le juge ne doit pas en effet s'ériger en juge du beau, du bon goût ou du « politiquement correct » »⁸⁸³.

486. **Indifférence de la destination.** Par ailleurs, le législateur choisit de ne pas limiter la protection à des œuvres au regard de leur destination, du moment que la création présente une originalité. L'indifférence de ce critère se conçoit dans la mesure où il paraît parfois « difficile de distinguer entre ce qui relève de l'art pur et ce qui dépend de l'art appliqué »⁸⁸⁴. Cette position permet « d'intégrer l'art dans la vie quotidienne »⁸⁸⁵.

487. **Indifférence de l'accomplissement de certaines formalités.** Enfin, selon l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit de propriété et sa protection corrélative naissent du seul fait de la création. Le droit d'auteur n'exige aucune condition de forme –

⁸⁷⁹Cass. crim., 28 septembre 1999, B. crim. n° 199, p. 630, Cass. crim. 26 mars 2002, B. crim. n° 61, p. 62.

⁸⁸⁰V. Art. 112-1, 122-5 4°, 113-3 CPI.

⁸⁸¹Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, B. civ. n° 45, p. 36.

⁸⁸²Cass. crim. 30 octobre 1963, D. 1964. 678, note A. FRANÇON.

⁸⁸³M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 243, p. 248.

⁸⁸⁴M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, id., n° 254, p. 256.

⁸⁸⁵Ibid.

position conforme à l'article 5-2 de la Convention de Berne. Il n'existe aucune formalité de dépôt de l'œuvre, que ce soit pour des auteurs français ou étrangers. Tout au plus, les articles L. 131-2, L. 132-3 et L. 132-2 du même Code imposent un dépôt légal obligatoire pour les supports d'œuvres – mais la sanction de cette obligation ne sera jamais la privation du droit d'auteur.

Cela étant, un dépôt de l'œuvre, notamment à l'Institut national de la propriété intellectuelle, est parfois conseillé, auprès d'un notaire, un huissier, ou encore une société de perception et de répartition des droits, pour des raisons de facilité de preuve, en cas de litige. La date de dépôt permettra de démontrer de manière certaine la création et d'opposer aux tiers se prétendant eux-mêmes à l'origine de celle-ci et ainsi se défendre éventuellement d'une imitation.

488. *La double protection des dessins et modèles selon la théorie de l'unité de l'art*⁸⁸⁶. Le dépôt de l'œuvre est particulièrement indiqué s'il s'agit d'un dessin ou d'un modèle susceptible de bénéficier d'une double protection. Le dessin est une « création à deux dimensions destinée à l'ornementation d'objets d'utilité »⁸⁸⁷. Selon ROUBIER, il s'agit de toute disposition de traits et de couleurs ayant un effet décoratif⁸⁸⁸. Le modèle, quant à lui, est une « création à trois dimensions destinées à orner des objets d'utilité »⁸⁸⁹. Cependant, dans la pratique, pour des auteurs, il semble que « la distinction entre le dessin et le modèle soit désormais vidée de tout intérêt »⁸⁹⁰. En effet, ils ont en commun d'être une création destinée à être reproduite sur un grand nombre d'objets. Sous condition d'avoir été déposés, ils sont donc protégés par le droit de la propriété industrielle, qui « s'applique à toute apparence d'un objet ou d'une partie d'objet »⁸⁹¹. Les dessins et modèles peuvent également être protégés par le droit d'auteur s'ils sont des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. C'est la théorie dite de « l'unité de l'art » qui leur offre ce cadre juridique privilégié. Encore faut-il que le dessin ou le modèle remplisse les conditions du Code de la propriété intellectuelle, ce qui est généralement le cas en pratique. Chacune des protections, par

⁸⁸⁶J. RAYNARD, *Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art*, Propr. Ind. 2002, chron. 2, p. 9.

⁸⁸⁷Tels que les dessins sur les emballages de boîte de céréales, etc.

⁸⁸⁸P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, Partie spéciale*, Paris : Editions du Recueil Sirey, t. 2, 1954, n° 223, p. 410 ; V. aussi F. GREFFE, *Traité des dessins et des modèles : France, Union européenne, Suisse*, Paris : Litec, 6^{ème} éd., 2000, p. 390.

⁸⁸⁹Par exemple les modèles de vêtements de mode ou encore de boutons ayant une forme particulière.

⁸⁹⁰A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2012, n° 1242, p. 705.

⁸⁹¹A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., p. 705.

le droit des dessins et modèles ou le droit d'auteur, est indépendante : soit le dessin ou modèle est protégé par l'un de ces droits, soit par les deux. Un tel cumul est forcément avantageux pour le créateur. En effet, d'une part, le créateur pourra bénéficier d'un droit moral. D'autre part, le droit d'auteur protège l'œuvre sans imposer de condition de dépôt.

Il en est tout autrement de l'invention, protégée uniquement par le droit de la propriété industrielle.

Paragraphe 2. Les conditions de fond d'une invention

489. **La définition du brevet.** Généralement, le brevet d'invention est défini comme un titre, délivré par l'État ou un organisme international, conférant à l'inventeur ou à ses ayants-cause un monopole d'exploitation temporaire sur une invention⁸⁹². Ce titre peut être demandé à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) ou à l'Office européen des brevets (OEB).

Toute invention n'est pas brevetable et par voie de conséquence protégée par le droit des brevets. Avant toute chose, il convient donc d'analyser l'objet de protection du droit des brevets (A) ainsi que les conditions de fond de l'invention brevetable (B).

A. L'Objet de la protection : une invention

490. **L'absence de définition de l'invention.** ROUBIER se questionnait justement : « pour qu'on puisse parler de brevet d'invention, ne faut-il pas en premier lieu qu'on soit en présence d'une invention ? »⁸⁹³.

Le décret des 31 décembre 1970 et 7 janvier 1791⁸⁹⁴ tentait de définir l'invention comme « tout moyen d'ajouter à quelque fabrication que ce puisse être un nouveau genre de perfection ». Aujourd'hui, le Code de la propriété intellectuelle et industrielle ne formule pas de définition de l'invention, tout comme la Convention sur le brevet européen⁸⁹⁵. L'article L. 611-10 2° liste seulement ce qui ne peut être considéré comme invention brevetable. L'article L. 611-14 donne toutefois quelques précisions : « une invention est considérée comme impliquant une activité

⁸⁹²P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 440, p. 372 ; A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 183, p. 113.

⁸⁹³P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, Partie spéciale*, op. cit., p. 103 et p. 149.

⁸⁹⁴V. J.-B. DUVERGIER, *Lois et Décrets*, n° 2, 1790-1791, pp. 158-161.

⁸⁹⁵V. notamment D. BURNIER, *La notion d'invention en droit européen des brevets*, Genève : Droz (Comparativa), 1981.

inventive si, pour un homme de métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ». Par ailleurs, comme le Professeur VIVANT le rappelle, l'invention « doit appartenir au monde des réalisations et non à celui des abstractions. Le brevet récompense l'apport technique et non point l'apport scientifique »⁸⁹⁶.

Pour tenter de définir plus précisément ce que le droit entend par invention, nous devons donc analyser ce qui est exclu de la protection du droit des brevets.

491. **Les exclusions légales.** Ne sont pas brevetables d'abord les découvertes⁸⁹⁷, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques⁸⁹⁸. De même, sont exclues les créations esthétiques⁸⁹⁹ ainsi que les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques – ces créations ayant un caractère abstrait, purement technique ou encore n'étant issues d'aucune activité inventive⁹⁰⁰. Par ailleurs, le législateur, différemment de la doctrine⁹⁰¹, a expressément exclu les programmes d'ordinateurs⁹⁰² qui restent protégés par le seul droit d'auteur⁹⁰³. Enfin, les présentations d'informations sont exclues car elles ne sont que des idées ou de simples œuvres de l'esprit.

L'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle exclut également les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de

⁸⁹⁶M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Paris : Dalloz (Connaissance du droit), 2^{ème} éd., 2005, p. 21.

⁸⁹⁷V. par ex. Cass. com., 31 mars 1954, Ann. propr. ind. 1954. 266, pour une découverte humaine, « Constitue une découverte non brevetable comme portant sur un principe purement théorique et scientifique dont on n'a pas indiqué les applications industrielles, la description dans un brevet de l'idée d'améliorer l'acoustique d'une salle par l'utilisation de panneau en toile d'amiant sans précision d'aucun procédé de réalisation » ; V. également T. com. Seine, 16 juillet 1921, Ann. propr. ind. 1922.346, pour une découverte naturelle, s'agissant d'un produit naturel. Est déclaré nul le brevet relatif au champignon Mucor Boulard n° 5, car « un produit naturel, quelque intéressante que puisse être sa découverte et de quelque utilité qu'il puisse être dans l'industrie, ne saurait faire l'objet d'un brevet ».

⁸⁹⁸Le Traité de Genève concernant l'enregistrement international des découvertes scientifiques (Dossiers Brevets 1978. I) définit les théories comme « la reconnaissance de phénomènes de propriétés ou de lois de l'univers matériel non encore reconnus et pouvant être vérifiés ».

⁸⁹⁹Elles trouvent toutefois protection par le droit des dessins et modèles ou du droit d'auteur, si elles respectent les conditions exigées.

⁹⁰⁰Par ex. CA Paris, 8 janvier 1976, PIBD 1976.168. III. 122, Dossiers Brevets 1977. III. 7, s'agissant d'une méthode de surveillance de stocks ; ou encore CA Paris, 26 mai 1983, PIBD 1983.329. III. 189, Dossiers Brevets 1983. III. 5, s'agissant d'une méthode de diagnostic.

⁹⁰¹L'exclusion des programmes d'ordinateurs du champ de protection du droit des brevets fait partie de l'un des débats les plus vifs qu'ait connu l'élaboration du nouveau texte. Pour MM. A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, cette exclusion est dépassée (A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris : PUF, 2001, n° 518). V. également M. VIVANT, C. Le STANC (sous la dir. De), *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2002 ; F. TOUBOL, *Le logiciel. Analyse juridique*, Thèse Paris, 1986 ; B. LAMBERT, *La nature juridique des programmes d'ordinateurs*, Thèse Paris, 1969.

⁹⁰²L'exclusion se retrouve dans la Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens (art. 52. 2°, c), non modifiée par l'Acte du 29 novembre 2000 (RTD com. 2001.76, obs. J.-C. Galloux).

⁹⁰³Art. L. 112-2, 13° C. propr. intell.

diagnostic appliquées au corps humain ou animal (disposition ne s'appliquant pas aux produits pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes). Dans le même sens, l'article L. 611-18 exclut toute innovation touchant au corps humain tels que les procédés de clonage des êtres humains, de modification de l'identité génétique ou encore les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales⁹⁰⁴. Plus largement, l'article L. 611-17 exclut les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Enfin, l'article L. 611-19 considère comme non brevetables les races animales, les procédés de modification de l'identité génétique des animaux, les variétés végétales, etc.

492. *Une tentative de définition de l'invention au regard des exclusions légales.* Au regard de ces exclusions légales, il ressort une définition préalable de l'invention : celle-ci doit être issue d'un effort intellectuel (et non pas d'une simple découverte) aboutissant à une création concrétisée (et non pas abstraite comme une théorie, une méthode, une idée) et technique (et non seulement ornementale)⁹⁰⁵.

493. *La différenciation des inventions.* La loi de 1968⁹⁰⁶ différenciait différentes catégories d'inventions. Aujourd'hui, le régime de brevetabilité reste identique mais cette distinction est dépassée par la richesse des inventions. Cependant, elle demeure intéressante pour mieux comprendre en théorie la notion d'invention ainsi que la protection offerte par le droit des brevets. En effet, « la portée du brevet varie selon le type d'inventions dont il s'agit »⁹⁰⁷, ce qui aura des conséquences sur l'appréciation de la contrefaçon et donc l'imitation.

- *L'invention de produit.* Premièrement, on peut citer l'invention de produit. POUILLET définit ce dernier comme « un corps certain, déterminé, un objet matériel ayant une forme, des caractères spéciaux qui le distinguent de tout autre objet »⁹⁰⁸ et ROUBIER décrit un « corps certain ayant une composition mécanique ou une structure chimique particulière qui le

⁹⁰⁴V. sur ce point A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n°237, p. 156.

⁹⁰⁵V. sur ce point P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 440.

⁹⁰⁶V. Art. 6 L. n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

⁹⁰⁷A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 265, p. 180.

⁹⁰⁸E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., n° 20, p. 25.

distingue des autres corps »⁹⁰⁹. Le produit est le résultat concret de la recherche, à distinguer de ses conclusions abstraites, non protégées. Par exemple, le Rubik's cub, célèbre casse-tête, est un produit inventé par l'architecte hongrois Ernő RUBIK.

- ***L'invention de procédé.*** Deuxièmement, l'invention de procédé, que POUILLET définit comme « les agents, les organes, les procédés qui mènent à l'obtention soit d'un résultat, soit d'un produit »⁹¹⁰. Selon des auteurs, « le moyen est donc ce qui permet d'obtenir un objet matériel ou produit ou un effet immatériel ou résultat. Alors que le produit se caractérise par sa constitution physique, le moyen se caractérise par sa forme, par son application et par sa fonction »⁹¹¹. Il peut être matériel – tel que le système propulsif d'un satellite artificiel⁹¹² - ou immatériel – tel que le procédé de préparation des aliments comprenant une étape de mise en forme et une étape de cuisson⁹¹³. On peut également ajouter dans cette catégorie les instructions pour réaliser la fabrication de tel ou tel produit ou encore des procédés de communication tels que le langage Morse qui a été breveté.

Si un produit non breveté est reproduit, le brevet préalable de son procédé de fabrication permettra d'invoquer une contrefaçon par utilisation du procédé sans autorisation et donc de se défendre contre une imitation.

- ***L'invention d'application.*** Troisièmement, l'invention d'application. Il s'agit « d'employer des moyens connus, tels qu'ils sont connus, sans même y rien changer, pour en tirer un résultat différent de celui qu'ils avaient produit jusque-là »⁹¹⁴. L'invention porte non sur le moyen mais sur « le rapport du moyen au résultat : on a tiré de ce moyen un résultat auquel on n'a pas encore pensé »⁹¹⁵. Les juges du fond auront, sous peine de censure par la Cour de cassation, à rechercher le résultat obtenu par les moyens connus⁹¹⁶. On peut citer par exemple le DDT, dichloro-diphényl-trichlorothane, produit synthétisé en 1874, connu à l'époque comme colorant mais qui fut utilisé à partir de 1930 comme insecticide après la découverte de ses autres

⁹⁰⁹P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, Partie spéciale*, op. cit., n° 142, p. 68.

⁹¹⁰E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., n°28.

⁹¹¹A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 268, p. 181.

⁹¹²CA Paris, 20 décembre 2000, PIBD 2001 n° 718, III. 203.

⁹¹³Cass. com., 3 juin 2003, PIBD 2003, PIBD n° 771, III. 437.

⁹¹⁴E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., n° 31 p. 46.

⁹¹⁵P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, Partie spéciale*, op. cit., p. 121.

⁹¹⁶Par ex. Cass. com., 28 mars 1966, Bull civ. n° 170.

propriétés⁹¹⁷.

- ***L'invention de combinaison.*** Quatrièmement, l'invention de combinaison peut être brevetée. Une invention peut être caractérisée par la combinaison non encore connue de différents moyens connus afin de leur faire produire un résultat d'ensemble. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, cette « combinaison constitue une forme particulière de l'application nouvelle de moyens connus »⁹¹⁸. Il ne s'agit pas d'une simple juxtaposition qui n'est pas brevetable⁹¹⁹. Par exemple, le crayon-gomme ne saurait être une invention brevetable. Les moyens connus doivent être combinés afin de coopérer en vue d'un résultat d'ensemble. Ce que les juges du fond devront constater sous peine de censure.

- ***L'invention de médicament.*** Cinquièmement et pour finir, l'invention de médicament. Celle-ci forme à elle seule une catégorie à part. Depuis 1968, sa protection permet notamment d'encourager la recherche pour « stimuler la création de nouveaux médicaments » en récompensant financièrement l'effort de l'inventeur via le monopole d'exploitation créé par le brevet.

494. Cette classification, même non exhaustive, donne l'ampleur des possibilités d'imitation d'une invention. Pour mieux les incriminations, voyons maintenant les différentes caractéristiques qu'une invention doit présenter afin de pouvoir prétendre à la protection par le droit des brevets.

B. Les conditions du brevet protégé : une invention brevetable et brevetée

495. Toutes les inventions ne sont pas brevetables. L'invention doit comporter des caractéristiques rappelées par l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Sont ainsi brevetables les inventions nouvelles (1) issues d'une activité inventive (2) et susceptibles d'applications industrielles (3).

⁹¹⁷ V. C. REGNAULT-ROGER, *Produits de Protection des Plantes : Innovation et sécurité pour une agriculture durable*, Paris : Tec & Doc Lavoisier, 2014, p. 39 et s.

⁹¹⁸ Cass. com., 17 décembre 1964, B. civ. n° 572.

⁹¹⁹ Par ex. pour un refus d'invention, Cass. com., 13 juin 1966, B. civ. n° 298.

1) *La nouveauté de l'invention*

496. ***La définition de la nouveauté.*** Mme le Professeur Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI et MOUSSERON relèvent que « l'exigence de nouveauté est classique et s'associe facilement dans les esprits à l'idée d'invention »⁹²⁰. Selon l'article L. 611-11⁹²¹, une invention est nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique, c'est-à-dire si elle n'est pas semblable à une invention technique déjà connue du public. Deux notions sont à prendre en compte dans l'appréciation de la nouveauté, l'antériorité (a) et l'antériorité destructrice de nouveauté (b).

a) *L'antériorité dans l'état de la technique*

497. ***La définition de l'antériorité.*** On peut définir l'antériorité comme « tout fait ayant eu pour conséquence de mettre l'invention à la disposition du public »⁹²². Deux cas peuvent être opposés au dépôt de brevet d'une invention. D'une part, il peut exister une antériorité parce qu'un tiers a déjà fait breveter la création avant le dépôt de la demande. D'autre part, l'inventeur a pu rendre publique son invention en la divulguant, avant même de déposer une demande de brevet. Dans ces deux situations, l'invention existe déjà dans l'état de la technique et n'est pas nouvelle.

498. ***La définition de l'état de la technique.*** L'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle définit l'état de la technique par « tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ». Cet état englobe également les dépôts de demande de brevets antérieurs⁹²³.

La Grande chambre de recours de l'OBE, clarifiant et interprétant les questions de droits concernant la Convention sur le brevet européen, considère que l'état de la technique est le fait qu'il soit possible d'accéder directement et clairement à une information donnée, rendue ainsi

⁹²⁰J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, Rép. com., 2003, n°53.

⁹²¹Art 54. 2 CBE donne la même définition : « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ».

⁹²²A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 287, p. 194.

⁹²³Art. L. 611-11, alinéa 2, C. prop. int. : « Est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet français et de demandes de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au second alinéa du présent article et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure ».

accessible au public, qu'il y ait ou non des raisons conduisant à la rechercher⁹²⁴.

Cette publicité peut être effectuée de différentes manières. Tout d'abord, il peut s'agir d'une publication écrite - dans la presse⁹²⁵, sur internet⁹²⁶, sur photographies⁹²⁷ - ou orale – lors d'une conférence⁹²⁸ - ou encore tout autre moyen tel que lors d'une vente⁹²⁹. Il peut tout simplement s'agir d'un brevet ou d'une demande de brevet publiée. Il paraît logique que le dépôt d'une demande de brevet soit assimilé à une divulgation. Et en cas de dépôt de la même invention, c'est le premier déposant qui est considéré comme titulaire, puisque le dépôt entraîne divulgation. Tout dépôt va entraîner alors un blocage pour toutes demandes ultérieures et similaires de brevet⁹³⁰.

Bien plus, le législateur intègre à l'état de la technique toute demande de brevet non encore publiée⁹³¹. Ce qui a pour effet d'opposer le défaut de nouveauté à tout autre demandeur. Notons qu'est intégré à l'état de la technique tout le contenu – revendications, descriptions et dessins – concernant les demandes de brevet français ainsi que les demandes de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées et qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée à l'alinéa 2 de l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle, et n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure⁹³².

499. **Le principe de « nouveauté absolue »**⁹³³. Peu importe que la publication opposable ait été faite à l'étranger, dans la mesure où elle est accessible sur le territoire français et du moment qu'elle apparaît avant le dépôt de la demande de brevet⁹³⁴. La nouveauté est appréciée en tout temps et tout lieu. En effet, « peu importe de la date et de l'éloignement par rapport au jour du dépôt ou de la date de priorité dont il peut éventuellement s'autoriser, notre droit n'admettant point les « brevets de résurrection » pris sur des techniques oubliées et retrouvées »⁹³⁵. Si un

⁹²⁴V. OEB, 18 décembre 1992, aff. G 0001/92 ; JO OEB 1993.277, PIBD 1993.548. III. 451, Dossiers Brevets 1993. I. 9.

⁹²⁵CA Paris, 17 juillet 1858, Ann. Prop. Ind. 1859, p. 86.

⁹²⁶OEB, 16 janvier 2007, aff. T 1134/06, Konami, Prop. ind. Juin 2008 n° 37, obs. P. VIGAN.

⁹²⁷CA Paris, 4 décembre 1990, PIBD, 1991, n° 497, III, 179.

⁹²⁸CA Lyon, 21 avril 1952, Ann. Prop. Ind. 1852, p. 219.

⁹²⁹CA Paris, 25 octobre 2000, PIBD 2001 n° 714, III, 73.

⁹³⁰Sauf à considérer l'existence d'un droit de possession personnelle antérieure au sens de l'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle. Si tel n'est pas le cas, il s'agit d'une usurpation.

⁹³¹F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, Paris : Economica, 2010, n° 266, p. 182. L'auteur explique justement qu'il s'agit de considérer une fiction juridique.

⁹³²V. sur les éventuelles difficultés de dépôts effectués le même jour par la même personne ou des personnes différentes, F. POLLAUD-DULIAN, id., n° 269, pp. 182-183.

⁹³³F. POLLAUD-DULIAN, id., n° 264, p. 181 ; V. également J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, op. cit., n° 60.

⁹³⁴Par ex. CA Paris, 19 mai 1905, DP 1905.2.424.

⁹³⁵J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, op. cit., n°63.

individu trouve une invention ancienne et tombée dans l'oubli, il ne pourra prétendre déposer un brevet⁹³⁶.

500. **La preuve d'une antériorité.** La divulgation de l'invention peut avoir été effectuée par toute personne, y compris le demandeur lui-même, par négligence. C'est celui qui invoque l'antériorité qui doit en prouver la date, l'existence et le contenu. La preuve peut être établie par tous moyens tels que le témoignage⁹³⁷ ou des documents⁹³⁸.

501. **L'exclusion de la divulgation.** L'article L. 611-13 du Code de la propriété intellectuelle précise toutefois que la divulgation avant la date de dépôt⁹³⁹ n'est pas prise en compte dans deux cas de figure et si elle a lieu dans les six mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet ou si elle résulte de la publication, après cette date, d'une demande de brevet antérieure. Les deux situations non destructrices de nouveauté sont soit l'abus commis par un tiers, soit la présentation de l'invention lors d'une exposition.

502. **La divulgation abusive.** D'une part, il s'agit notamment de la situation de la violation d'un secret par un tiers⁹⁴⁰. La divulgation abusive doit être intervenue dans les six mois précédant la demande. Elle peut être directe ou indirecte mais l'abus doit être évident et manifeste. L'abusé aura alors six mois pour réagir. Et selon l'article L. 611-8 du Code de la propriété intellectuelle, si l'éventuel usurpateur a effectivement déposé une demande de brevet à son propre nom, le véritable inventeur pourra revendiquer son invention au plus tard cinq ans après la publication de la délivrance du titre, si le déposant est de bonne foi, ou après l'expiration du titre, s'il est de mauvaise foi.

⁹³⁶Comme le remarquent les auteurs J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON (ibid), la seule solution, s'il veut être seul à en profiter, est de l'exploiter comme un secret de fabrique. Il suffit donc que la divulgation ait été accomplie au jour de la demande (V. CA Paris, 25 juin 1926, Ann. propr. ind. 1926, 256). En cas de demande sous bénéfice du droit de priorité, la divulgation doit être appréciée à la date de priorité (CA Paris, 29 oct. 1999, PIBD 2000, 697, III, 219).

⁹³⁷Cass. com., 25 octobre 1950, B. civ. n° 306, p. 215.

⁹³⁸Des documents étrangers peuvent constituer une preuve, s'ils sont traduits en français (TGI PARIS, 9 mai 1990, PIBD, 1990, III, 588). Toutefois, de simples photographies représentant un dispositif ne suffisent pas à antérioriser l'invention. Les documents doivent véritablement révéler la structure interne de cette dernière (TGI Paris 13 mai 1992 PIBD, 1992, 532, III, 570).

⁹³⁹Dans le même sens, l'article 54 (3) du CBE prévoit qu'« est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet européen telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au paragraphe 2 et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou à une date postérieure ».

⁹⁴⁰F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 283, p. 188. « L'abus évident, c'est la confiance trahie ».

503. **La divulgation lors d'une exposition.** Par ailleurs, selon l'article L. 611-13, la divulgation non destructrice de nouveauté peut résulter « directement ou indirectement » [...] « du fait que l'invention ait été présentée [par l'inventeur ou son prédécesseur en droit] dans une exposition officielle, ou officiellement reconnue au sens de la convention révisée concernant les expositions internationales signée à Paris le 22 novembre 1928 ». Certaines expositions sont donc « immunisantes »⁹⁴¹. Cette exposition doit être officielle ou du moins être officiellement reconnue par la Convention visée. Le texte ajoute que « toutefois, dans ce dernier cas, l'exposition de l'invention doit avoir été déclarée lors du dépôt et une justification produite dans les délais et conditions fixés par voie réglementaire ». Le déposant devra alors produire une attestation émanant de l'autorité chargée de la propriété industrielle dans cette exposition et affirmant que l'invention y a été effectivement exposée, dans les quatre mois de la demande⁹⁴².

504. **L'antériorité et le délai de priorité.** Par principe, le dépôt d'une demande de brevet est constitutif d'une antériorité bloquant tout nouveau dépôt. Le droit interne comme international prévoit des délais de priorité. L'article L. 612-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'inventeur ayant fait une première demande de brevet sommaire (de peur d'être devancé et ne remplissant pas encore toutes les formalités) peut demander à la compléter dans l'année. La seconde demande remplacera alors la première de manière rétroactive – sorte de « fusion » des deux demandes.

En droit international, la Convention d'union de Paris de 1883 permet également à l'inventeur de bénéficier d'un délai d'un an à compter de la première demande déposée dans un État pour déposer d'autres demandes dans d'autres États parties à la Convention⁹⁴³. Ainsi, par exception, le premier dépôt ne constituera pas une antériorité. Les dépôts suivants rétroagiront à la date du premier, s'ils sont effectués dans l'année⁹⁴⁴.

⁹⁴¹Expression empruntée à F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 292, p. 192.

⁹⁴²V. Art. 15 Décr. n° 79-882 du 19 septembre 1979.

⁹⁴³V. Art. 4 CUP ; V. également dans le même sens que prévoient des délais de priorité le Traité de Washington du 19 juin 1970 (P.C.T., Art. 13) et la Convention de Munich sur le Brevet européen (CBE, Art. 88).

⁹⁴⁴Ajoutons que l'article L. 614-14 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une limite à l'autonomie du droit de propriété afin d'éviter qu'un brevet français et un autre européen soient valables en France pour la même invention : « Une demande de brevet français ou un brevet français et une demande de brevet européen ou un brevet européen ayant la même date de dépôt ou la même date de priorité, couvrant la même invention et appartenant au même inventeur ou à son ayant cause, ne peuvent, pour les parties communes, faire l'objet indépendamment l'une de l'autre d'un transfert, gage, nantissement ou d'une concession de droits d'exploitation, à peine de nullité ».

505. Compte tenu de ces diverses dispositions, l'appréciation de la nouveauté de l'invention se déroule en deux termes.

b) *L'antériorité destructrice : l'appréciation de la nouveauté*

506. ***La vérification d'une antériorité.*** C'est la comparaison de l'invention à l'état de la technique qui permet de vérifier s'il existe une antériorité et, le cas échéant, si cette antériorité est suffisante pour être destructrice de nouveauté.

507. ***L'antériorité « de toutes pièces ».*** L'invention doit se retrouver dans une antériorité telle quelle. L'antériorité ne doit donc pas être combinée⁹⁴⁵ par d'autres, disséquée⁹⁴⁶ ou encore modifiée⁹⁴⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la chambre commerciale dans un arrêt du 12 mars 1996 en considérant que « pour être comprise dans l'état de la technique et être privée de nouveauté, l'invention doit s'y trouver toute entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement, le même fonctionnement, en vue du même résultat technique »⁹⁴⁸. Ce qui signifie que l'antériorité partielle n'empêche pas la brevetabilité de l'invention, seule l'antériorité « de toutes pièces » étant destructrice de nouveauté. Cette exigence est d'ailleurs très rigoureuse puisque, dans un arrêt du 19 décembre 1977, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que la nouveauté n'était pas exclue si était constatée une différence minime entre les deux inventions – quasi-identiques donc - sans qu'aucune incidence technique ne soit constatable⁹⁴⁹.

508. ***L'antériorité suffisante.*** L'antériorité, complète, doit également être suffisante à détruire la nouveauté⁹⁵⁰. Par exemple, M. le Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN précise que « la divulgation n'est suffisante que si l'homme du métier a effectivement la possibilité de

⁹⁴⁵TGI Strasbourg, 17 janvier 1989, PIBD, 1989, 454, III, 223.

⁹⁴⁶TGI Paris, 9 juillet 2002, PIBD 2002, 751, III, 459.

⁹⁴⁷CA Paris, 25 octobre 1990, PIBD, 1991, 495, III, 123.

⁹⁴⁸Cass. com. 12 mars 1996, PIBD, 1996, 611, III, 273 ; Cass. com., 6 juin 2001, Propr. ind. 2002, comm. 15, note J. RAYNARD, PIBD, 2001, 726, III, 427.

⁹⁴⁹Cass. com., 19 décembre 1977, annales, 1978, p. 256.

⁹⁵⁰Cass. req., 3 novembre 1926, Ann. propr. ind. 1927, p. 265 ; CA Paris, 7 mars 1965, D. 1966. 557, note R. PLAISANT ; Cass. com., 4 janvier 1994, PIBD 1994, III, 195, 1994, IV, 4, PIBD 1994, 564, III, 195, RDPI 1994, 38.

comprendre et de reproduire l'invention à partir de la divulgation »⁹⁵¹. Dans ce sens, il a été jugé qu'une photographie qui ne permettait pas réellement de discerner avec précision les composantes de l'invention n'équivalait pas à une divulgation antériorisante⁹⁵². Il en est de même pour la simple annonce dans un magazine de presse⁹⁵³. Cette suffisance s'appréciant en fonction d'un homme du métier, la présentation d'une invention à une personne incompétente ne vaut pas non plus antériorité. « L'homme du métier doit pouvoir réaliser l'invention avec les informations données par l'antériorité ajoutées à ses propres connaissances »⁹⁵⁴.

509. ***L'antériorité certaine.*** « Foi est due au titre ». Autrement dit, si l'antériorité n'est pas certaine, le doute profite au breveté⁹⁵⁵. La chambre commerciale a dans ce sens rappelé, dans l'arrêt précité du 12 mars 1996, que l'antériorité devait présenter un caractère certain⁹⁵⁶.

510. ***L'antériorité accessible.*** Enfin, l'antériorité ou la divulgation doit être accessible au public, peu importe si celui-ci en a ou non une connaissance effective⁹⁵⁷. S'il y a connaissance de l'invention, ce doit être par une personne qui n'est pas tenue à une obligation de secret⁹⁵⁸, car sinon, cette connaissance ne fait pas obstacle à la validité du brevet⁹⁵⁹.

2) *L'activité inventive*

511. ***La définition de l'activité inventive.*** La deuxième condition requise pour qu'une invention puisse être brevetée est qu'elle témoigne d'une activité inventive (que l'on peut mettre en parallèle avec l'activité créatrice des œuvres artistiques et littéraires). Selon l'article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁶⁰, une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique.

⁹⁵¹F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 276, p. 186.

⁹⁵²CA Paris, 14 juin 1990, PIBD 1990, 490, III, 701.

⁹⁵³Par ex. CA Amiens, 2 juin 1883, Ann. propr. Ind. 1885, 359 ; CA Grenoble, 11 août 1887, Ann. propr. ind. 1890, 33.

⁹⁵⁴F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 278, p. 187.

⁹⁵⁵Cass. com., 8 mars 2005, PIBD 2005, 810, III, 358.

⁹⁵⁶Cass. com., 12 mars 1996, préc.

⁹⁵⁷CA Paris, 17 mars 1965, D. 1996, 557, note R. PLAISANT.

⁹⁵⁸CA Paris, 8 janvier 1997, PIBD 1997, 631, III, 232 ; CA Paris, 29 octobre 1999, PIBD 2000, 697, III, 219.

⁹⁵⁹CA Paris, 19 novembre 1901, Ann. propr. ind. 1903, 96.

⁹⁶⁰V. dans le même sens Art. 56 CBE.

512. ***L'appréciation de l'absence d'évidence.*** Une invention est brevetable seulement si elle n'est pas évidente, autrement dit si elle ne peut pas se déduire simplement de l'état de la technique. Il s'agira pour le vérifier de comparer les caractéristiques de l'invention à l'état de la technique⁹⁶¹, mais pas de la même manière que pour l'appréciation de la nouveauté puisque, notamment, cette vérification ne sera pas « de toutes pièces »⁹⁶². Les deux conditions ne font donc pas « double emploi », une invention pouvant être nouvelle sans pour autant démontrer une activité inventive⁹⁶³. L'appréciation, faite au jour du dépôt⁹⁶⁴ ou à la date de la priorité, si celle-ci est revendiquée, consistera seulement à observer les revendications⁹⁶⁵.

513. ***L'appréciation selon l'homme du métier.*** Plus exactement, le caractère non-évident de l'invention sera apprécié selon un homme du métier dans le domaine technique dont relève l'invention⁹⁶⁶. D'après les directives de l'OEB, « l'homme du métier s'entend d'un praticien normalement qualifié qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné. Il est également censé [...] avoir eu à sa disposition les moyens et la capacité dont on dispose normalement pour procéder à des travaux et expériences courants »⁹⁶⁷. Il ne s'agit pas d'un expert ni d'un amateur, mais d'un spécialiste simplement qualifié. Le personnage de référence est celui qui a accès à l'ensemble de l'état de la technique au jour du dépôt et dont la connaissance comprend à la fois la technique le concernant et l'essentiel des techniques dans les domaines adjacents ou voisins. Le Professeur SCHMIDT-SZALEWSKI et MOUSSERON soulignent dans ce sens qu'« il est surtout retenu que cet homme « du » métier est le professionnel auquel est posé le problème technique que résout l'invention considérée »⁹⁶⁸. Bien évidemment, l'homme du métier sera celui de la discipline industrielle mise en cause. Ainsi par exemple, les auteurs citent un arrêt de la cour de Paris du 31 mars 1978 dans lequel il a été jugé que « dans le domaine des désherbants, l'homme de métier est un spécialiste qualifié disposant pour l'application de la chimie en agriculture d'un appareil important [documentation,

⁹⁶¹Cass. com., 15 juin 1993, B. civ. n° 241.

⁹⁶²La différence tient au fait que seront exclus de l'appréciation de l'activité inventive les documents visés à l'article L. 611- 11 et l'état de la technique « de toutes pièces ».

⁹⁶³V. pour plus de détails sur ces points, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, op. cit., n° 91.

⁹⁶⁴CA Paris, 19 déc. 1975, PIBD 1980, 256, III, 83 ; CA Paris, 10 juin 1980, PIBD 1981, 272, III, 17.

⁹⁶⁵Cass. com., 26 mars 1985, Dossiers Brevets 1986, II, 2 ; CA Paris, 17 mai 1990, PIBD 1990, 489.

⁹⁶⁶Cass. com., 13 juin 1995, PIBD 1995, 594, III, 391.

⁹⁶⁷V. Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, Partie G – Brevetabilité - Ch. VII, 3. Homme du métier.

⁹⁶⁸J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, op. cit., n° 87 se rapportant à une solution des juges du fond (CA Paris, 19 octobre 1979, PIBD 1980, 253, III, 48, Dossiers Brevets 1979, IV, 1) ; V. également Cass. com., 13 juin 1995, PIBD 1995, 594, III, 391.

personnels, matériels] et, dans ces conditions, procédant couramment, dans l'exercice de sa profession, selon une technique très évoluée »⁹⁶⁹. Au vu de certaines difficultés pratiques, le spécialiste appréciera l'activité inventive en équipe.

514. *L'appréciation de l'activité inventive*. Soit l'appréciation sera objective en ne s'attachant qu'à l'invention, soit subjective en tenant compte de toute la démarche de l'inventeur.

3) *L'application industrielle*

515. *L'application industrielle*. L'application industrielle est la troisième et dernière condition de forme pour qu'une invention bénéficie de la protection des brevets. Selon l'article L. 611-15 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁷⁰, une invention est considérée respecter ce critère si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture (dont l'arboriculture et l'horticulture)⁹⁷¹. Dans cette définition, le terme « industrie » est à entendre au sens étymologique « *industria* »⁹⁷² et donc au sens large⁹⁷³, comme une activité humaine de travail. De même, l'application renvoie aussi bien à la fabrication qu'à l'utilisation de l'objet inventé.

516. *L'appréciation de l'application industrielle*. Cette condition devra être appréciée au jour du dépôt⁹⁷⁴. Autrement dit, une invention ne saurait présenter le caractère industriel si elle n'est pas réalisable le jour de la demande. Enfin, du moment que ce caractère est satisfait, peu importe la qualité du résultat – qu'il permette par exemple d'améliorer ou non notre monde, la civilisation...

517. *Pour conclure sur les conditions de fond des créations*. Ainsi, les œuvres littéraires et artistiques et les brevets sont des **créations intellectualisées intimement liées à la personnalité** de leur créateur. Ce dernier **s'exprime à travers sa production**. Il est donc

⁹⁶⁹CA Paris, 31 mars 1978, Dossiers Brevets 1978, IV, 1.

⁹⁷⁰V. dans le même sens Art. 57 CBE.

⁹⁷¹Cass. req., 2 février 1863, DP 1863, 1, 251 ; Cass. crim., 19 décembre 1895, DP 1896, 1, 165.

⁹⁷²V. sur ce point M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Paris : Dalloz (Connaissance du droit), 2^{ème} éd., 2005, p. 35.

⁹⁷³V. Directives relatives au brevet européen, Partie G – Brevetabilité – Ch. III, 1 : « Le terme industrie doit être pris dans son sens large comme l'exercice de toute activité physique à caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts ». 1

⁹⁷⁴CA Paris, 27 février 1962, Ann. propr. ind. 1963, 378.

possible, *a priori*, d'envisager une éventuelle imitation personnelle au-delà d'une imitation de la chose matérialisée. La comparaison des conditions de fond à la protection de ces créations révèle une distinction entre les domaines de la propriété intellectuelle qui a une incidence sur les conditions de forme que peut imposer le législateur pour que la protection soit effective. Lorsqu'il s'agit d'une œuvre littéraire ou artistique, l'objet de protection est unique et sa création, pourvu qu'elle témoigne de l'originalité et de la personnalité de son auteur, est suffisante pour justifier une protection, non soumise à des conditions de forme. Alors qu'une invention, au-delà d'être inventive et nouvelle, doit également respecter des conditions de forme pour prétendre à la protection.

II. Les conditions de forme d'une création protégeable : des conditions supplémentaires pour les brevets

518. ***La nécessité d'un acte juridique pour la protection des inventions.*** Une invention doit également être susceptible d'application industrielle. Cette dernière condition de fond signifie que l'objet inventé doit pouvoir être protégé alors même qu'il peut être fabriqué dans toutes sortes d'industries. C'est pourquoi la protection des inventions est subordonnée à une condition de forme, c'est-à-dire à un acte juridique, correspondant au dépôt d'un brevet auprès d'un organisme public tel que l'Institut national de la propriété industrielle – INPI (Paragraphe 1), qui doit pour cela examiner la demande de dépôt (Paragraphe 2). Et pour palier les délais d'enregistrement, le législateur indique parfois la délivrance d'un titre temporaire (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Le dépôt de la création industrielle

519. ***Le dépôt de l'invention.*** Pour être reconnue légalement, toute invention doit être déposée⁹⁷⁵. Le dépôt devra être effectué par principe à l'INPI, ou à un autre organisme en fonction du lieu de résidence du déposant ou de la volonté de ce dernier de garder sa création secrète ou d'obtenir un examen plus spécifique⁹⁷⁶. *A priori*, le déposant est le créateur lui-même

⁹⁷⁵Art. L. 612-1 C. prop. Int.

⁹⁷⁶Pour les brevets, le dépôt peut aussi être effectué soit au siège de l'Office européen des brevets à Munich, soit à son département de La Haye. Enfin, l'article L. 614-18 du Code de la propriété intellectuelle prévoit les demandes internationales.

ou l'un de ses ayants-cause. Toutefois, il est possible qu'il ait été mandaté par le créateur.

520. ***Le contenu de la demande de dépôt.*** Le législateur prévoit le contenu de la demande de dépôt. Le dossier devra indiquer l'identification personnelle du déposant et la reproduction ou la description de l'invention, tout ce qui n'est pas expressément compris dans le dépôt étant exclu de la protection⁹⁷⁷.

L'inventeur devra présenter sa création par une description textuelle voire graphique suffisamment complète et claire pour qu'un professionnel, homme du métier puisse réaliser l'invention d'après cette description⁹⁷⁸. Précisons que la demande de brevet ne peut porter que sur une seule invention, sauf à considérer que les inventions sont liées entre elles de telle sorte qu'elles ne forment qu'un seul concept inventif général au sens de l'article L. 612-4 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁷⁹.

Ces reproductions ou descriptions permettent alors à un tiers de connaître les différentes créations et ont pour intérêt de « rendre opposables les caractéristiques des créations concernées, et de déterminer la portée exacte du droit une fois celui-ci octroyé »⁹⁸⁰.

Paragraphe 2. L'examen de la demande de dépôt d'un brevet

521. ***L'examen de la demande de dépôt.*** L'INPI vérifie si l'invention présente et respecte les conditions de fond exigées par le droit de la propriété intellectuelle, afin de la breveter ou de l'exclure de la protection. Cet examen diffère selon la création. En matière de marque, par exemple, l'INPI ne vérifie pas la condition de disponibilité/nouveauté⁹⁸¹ alors qu'au contraire, il s'agit de la condition principalement appréciée en matière de brevet. En effet, si l'institut constate une antériorité manifeste, l'administration procède à une recherche documentaire pour déterminer de manière plus approfondie le critère de nouveauté de l'invention mais aussi d'activité inventive⁹⁸².

⁹⁷⁷V. Art. L. 612-6 C. prop. int. Ce sont les revendications qui définissent l'objet de la protection demandée. Or une revendication trop large, comme nous l'avons vu précédemment, risque d'antérioriser l'invention déposée. Par ailleurs, le titulaire du brevet peut à tout moment, soit renoncer à une ou plusieurs revendications, soit limiter la portée du brevet en les modifiant selon l'article L. 613-24 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁷⁸Art. L. 612-5 C. prop. int.

⁹⁷⁹Une demande complexe devra être divisée selon l'alinéa 2 de l'article L. 612-12 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁸⁰J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, Brevets d'invention, protections voisines*, Paris : LGDJ, t. 2, 2013, n° 726, p. 686.

⁹⁸¹Cette vérification peut être effectuée par un cabinet de conseil en propriété industrielle.

⁹⁸²Selon l'article L. 612-12, 7°, du Code de la propriété intellectuelle, la demande n'est rejetée que si l'antériorité

Ainsi le directeur de l'INPI peut rejeter ou non la demande⁹⁸³. Un silence de l'INPI vaut rejet de la demande⁹⁸⁴ alors que, par une décision motivée, un titre de propriété industrielle peut être délivré, et plus précisément un exemplaire certifié conforme du brevet avec la reproduction et/ou la description de la création⁹⁸⁵.

Malgré la délivrance du titre, une action en nullité est cependant toujours ouverte pour défaut d'une ou plusieurs conditions ou encore si un tiers déclare être le véritable créateur de l'invention⁹⁸⁶. Une annulation partielle est parfois possible.

L'article L. 612-21 prévoit enfin que l'INPI assure la publication par mention au Bulletin officiel de la propriété industrielle, par mise à la disposition du public du texte intégral ou par diffusion grâce à une banque de données ou à la distribution du support informatique.

522. *Les effets du dépôt de l'invention industrielle.* La protection des brevets d'invention dure, selon l'article L. 611-2, vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande mais le propriétaire peut également à tout moment renoncer au brevet ou à l'une des revendications. Notons qu'un inventeur peut également, au lieu et place d'un brevet, déposer une demande de certificat d'utilité. Celui-ci, moins coûteux, offre une protection de six ans seulement mais convient pour, par exemple, un produit connaissant des cycles de renouvellement très rapides.

Plus encore, le législateur anticipe la délivrance d'un titre temporaire afin de mieux protéger l'invention, nécessaire pour se défendre en cas d'imitation.

Paragraphe 3. La délivrance d'un titre temporaire

523. Parce que la procédure de demande de dépôt peut être longue, le législateur retient la possibilité de délivrer un titre temporaire pour garantir une protection minimale.

524. *Le brevet temporaire.* Pendant la recherche d'antériorité et en attendant le rapport final, l'INPI peut délivrer un brevet temporaire. Cette précaution autorisera éventuellement une action en contrefaçon sans attendre la délivrance du brevet ou sa publication, dès lors que la seule

est manifeste.

⁹⁸³V. Art. L. 411-4 C. prop. int.

⁹⁸⁴Selon les articles 1 et 2 de la directive n° 2014-1280 du 23 octobre 2014, applicables pour les demandes présentées à partir du 12 novembre 2014, un silence de 4 mois de l'INPI vaut rejet. Un recours contre la décision du directeur peut être porté devant la cour d'appel de Paris, selon l'alinéa 2 de l'article L. 411-4 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁸⁵Art. L. 612-17 C. prop. int.

⁹⁸⁶Art. L. 611-8 C. prop. int.

demande a été publiée, ou à défaut, s'il est notifié au prétendu contrefacteur une copie certifiée conforme de la demande de brevet (non encore publiée). Car dans la mesure où une personne a pu avoir connaissance de la demande de dépôt d'un brevet par un tiers, elle n'a pas à exploiter l'invention. Toutefois, selon l'article L. 614-4 du Code de la propriété intellectuelle, le tribunal saisi d'une action en contrefaçon sur le fondement d'une demande de brevet devra surseoir à statuer jusqu'à la délivrance de celui-ci. Ainsi, si le brevet n'est finalement pas délivré, le tribunal ne pourra que débouter le demandeur du chef de la contrefaçon⁹⁸⁷.

Ajoutons enfin que le législateur prévoit à chaque création une action ouverte aux tiers intéressés en revendication⁹⁸⁸ ou en nullité de dépôt⁹⁸⁹.

525. Qu'elle découle directement de la production d'une œuvre ou qu'elle soit soumise à un enregistrement préalable, la protection d'une création accorde ensuite des droits spécifiques aux auteurs ou inventeurs qu'il convient à présent de préciser.

III. L'étendue de la protection de la création

526. La protection d'une création génère des droits de propriété dont le plus manifeste est le droit d'exploitation de l'œuvre ou de l'invention. Selon Le Cornu, l'exploitation d'un bien permet sa mise en valeur par l'accomplissement des actes nécessaires, selon sa nature et sa destination⁹⁹⁰. Dans ce sens, les droits d'exploitation sont réservés au titulaire et on parle alors de droits patrimoniaux – rapprochant le droit de la propriété intellectuelle du droit réel. Le droit d'auteur et le droit des brevets offrent également au créateur des droits moraux spécifiques – s'apparentant aux droits de la personnalité⁹⁹¹.

Toute atteinte à ces différents droits ne peut renvoyer à un comportement d'imitation illicite. L'étude du droit moral de l'auteur et de l'inventeur (Paragraphe 1), avant d'aborder les différentes prérogatives offertes par le droit d'exploitation (Paragraphe 2) nous permettra de

⁹⁸⁷Il pourra seulement condamner le défendeur sur le fondement de la concurrence déloyale ou des agissements parasitaires, si toutefois le demandeur a pris soin d'invoquer ces fautes dans sa demande. Il y a donc identité de régime pour l'action et les faits de contrefaçon. V. sur ce point P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 479, p. 394.

⁹⁸⁸Art. L. 611-8 C. prop. int.

⁹⁸⁹Art. L. 613-25 et L. 614-12 C. prop. int.

⁹⁹⁰G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris : PUF, 2016, V° Exploitation.

⁹⁹¹Différemment des autres objets protégés en droit de la propriété intellectuelle.

situer le cadre juridique de l'imitation d'une création, en éliminant ce qui ne peut concerner notre recherche.

Paragraphe 1. Les droits moraux de l'auteur ou de l'inventeur : droit au respect de son nom et de sa qualité de créateur

527. Les droits de la personnalité ont pour finalité de protéger l'intégrité morale des individus. De ce fait, la doctrine majoritaire considère que le droit moral du créateur peut être inclus parmi les droits de la personnalité⁹⁹². Sans nous étendre sur ce point, nous considérons que celui-ci entretient incontestablement des relations avec les droits de la personnalité, mais trouve une certaine autonomie⁹⁹³. En effet, même si les droits de la personnalité protègent des attributs de la personnalité du créateur, le droit moral a pour objet la protection du créateur au travers de sa création. Alors que l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire dispose d'un droit moral sur sa création largement étendu (A), peu de textes font référence à celui de l'inventeur (B).

A. Le droit moral de l'auteur

528. En matière de droit d'auteur, le législateur n'imposant pas de conditions de forme, les droits appartiennent d'abord à l'auteur au regard de l'alinéa 1 de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel « 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 ».

Comme le relève Mme Pascale TREFIGNY, « le droit moral⁹⁹⁴ s'attache essentiellement à la préservation de l'auteur, dont l'œuvre prolonge la personnalité. L'écrivain ou l'artiste n'est pas producteur d'une « marchandise comme les autres » et un lien étroit rattache la création au créateur »⁹⁹⁵.

L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique jouit du droit de divulgation et de retrait ou

⁹⁹² V. dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral et droits de la personnalité*, JCP G 1994, I, 3780 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9^{ème} éd., 2015, n° 189.

⁹⁹³ V. dans ce sens J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris : LGDJ 1996, p. 66 ; X. DAVERAT, *Droits de l'artiste-interprète - Droit moral*, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, 2013, fasc. 1430, n° 50 et s. ; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, t. 1, p. 210 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, op. cit., n° 499.

⁹⁹⁴ Mme Pascale TREFIGNY a considéré peu utile pour son développement de débattre sur le pluriel ou le singulier du droit moral. Nous en ferons de même. P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., n° 76, p. 54.

⁹⁹⁵ Ibid.

de repentir mais également du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Or chacune de ces prérogatives ne présente pas un intérêt d'égale importance pour notre étude.

529. **Le droit de repentir ou de retrait.** Prévu par l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, le droit de repentir permet à un auteur de récupérer une œuvre pour la remanier s'il l'estime insuffisante tandis que le droit de retrait l'autorise à retirer sa création de l'exploitation⁹⁹⁶. Cela étant, la doctrine majoritaire utilise généralement ces deux notions (repentir et retrait) comme synonymes⁹⁹⁷, puisque les deux « stoppent » la diffusion d'une œuvre. Il s'agit de droits étendus puisqu'un auteur peut décider de retirer une œuvre qui fait pourtant l'objet d'un contrat d'exploitation. C'est pourquoi ils trouvent un régime spécifiquement encadré par le législateur, prévoyant notamment l'indemnisation pour le cocontractant de l'auteur dans un contrat de représentation, d'édition ou d'adaptation.

530. **Le droit de divulgation.** Par ailleurs, selon l'article L. 121-2, l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Et si l'œuvre est le fruit de coauteurs, tous doivent donner leur autorisation à la divulgation de l'œuvre. C'est donc le ou les coauteurs qui choisissent quand et dans quelles conditions l'œuvre doit être communiquée au public⁹⁹⁸, et nul ne peut décider à leur place d'un éventuel changement dans ces modalités de diffusion⁹⁹⁹. Cet exercice du droit moral par l'auteur revêt d'ailleurs un caractère discrétionnaire¹⁰⁰⁰. Et la preuve du consentement à la divulgation pourra éventuellement résulter de situation de fait¹⁰⁰¹. Par exemple, les juges du fond ont considéré que l'abandon d'une toile réalisée pendant une exposition au public ne permettait pas de déduire la volonté de l'artiste de divulguer son œuvre, même si la toile ne faisait pas l'objet d'une convention et n'était pas signée¹⁰⁰². Enfin, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 11 décembre 2013, mis fin à l'hésitation concernant l'épuisement du droit de divulgation. Si, avant cet arrêt, il était jugé qu'une première divulgation n'entraînait pas l'épuisement de ce droit,

⁹⁹⁶Mais le droit de la propriété intellectuelle permet un contre-retrait. L'auteur peut de nouveau faire exploiter son œuvre.

⁹⁹⁷Par ex. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., 1978, n° 393.

⁹⁹⁸CA Lyon, 17 juillet 1845, DP 1845, 2, 128 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010, B. civ. n° 75, RTD com. 2010. 303, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; CCE 2010, n°59, note C. CARON.

⁹⁹⁹V. par ex. CA Paris, 13 février 1981, RIDA 1982, p. 126. Le droit de divulgation de l'auteur est atteint par celui qui publie une œuvre cédée seulement aux fins de diffusion à la télévision.

¹⁰⁰⁰Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, B. civ. n° 184, D. 1985. IR 312, obs. C. COLOMBET.

¹⁰⁰¹TGI Paris, 2 mai 1990, D. 1992. Somm. 14, obs. C. COLOMBET.

¹⁰⁰²CA Paris, 28 octobre 2011, Propr. Intell. 2011, n°42, p. 25, obs. A. LUCAS ; V. également CA Paris, 6 mars 1931, aff Camoin, DP 1931, 2, 88, note M. NAST. Celui qui jette sa création peut s'opposer à la divulgation, le droit à la divulgation comprenant un aspect négatif, c'est-à-dire celui de ne pas divulguer, de garder secret sa création.

depuis cette date, la chambre civile a clairement posé le principe selon lequel le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qu'en fait l'auteur¹⁰⁰³.

C'est d'ailleurs pour cela que le droit à la divulgation est lié à l'exercice des droits patrimoniaux. Et ce constat se confirme notamment si on le compare au droit de communiquer des artistes-interprètes qui ne relève pas du droit moral mais du droit patrimonial.

Droit de divulgation et imitation. Le droit de divulgation peut ainsi générer indirectement des comportements d'imitation illicite puisque c'est en l'exerçant que l'auteur d'une création la rend publique. Cependant ce droit, tout comme ceux de repentir ou de retrait, n'intéresse pas *a priori* notre étude, sauf à considérer qu'un individu puisse se faire passer pour l'auteur pour s'approprier ses prérogatives. Auquel cas, il s'agirait davantage d'une imitation personnelle sans imitation d'une création associée¹⁰⁰⁴.

531. ***Le droit au respect de l'œuvre.*** Ensuite, l'article L. 121-1 consacre le droit au respect de l'œuvre de l'auteur. Or, « puisque l'œuvre reflète ou exprime en quelque manière la personnalité de son auteur, porter atteinte à l'œuvre, c'est porter atteinte à la personne même dont elle émane »¹⁰⁰⁵. Ce droit permet à l'auteur de s'opposer à toute déformation ou dénaturation de sa création littéraire ou artistique. Attaché à la personne du créateur¹⁰⁰⁶, ce droit est perpétuel, donc transmissible après la mort¹⁰⁰⁷, inaliénable¹⁰⁰⁸, insaisissable¹⁰⁰⁹ ainsi que d'ordre public¹⁰¹⁰ et absolu, et son exercice revêt un caractère discrétionnaire¹⁰¹¹. L'auteur peut ainsi s'opposer à la modification de la forme de son œuvre telle que des retouches, des ajouts ou des suppressions d'éléments, comme à celle de l'esprit de l'œuvre, sans même « s'expliquer sur les raisons qui le décident à refuser de tolérer l'atteinte » car « c'est l'arbitraire de l'auteur qui justifie la protection »¹⁰¹². Est jugée irrespectueuse par exemple « la pièce qui reprend les personnages des aventures de Tintin, les remplaçant dans des situations totalement différentes, et

¹⁰⁰³Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2013, B. civ. n° 240, RTD com. 2014. 115, Chron. F. POLLAUD-DULIAN ; CCE 2014. 30, 15, note C. CARON.

¹⁰⁰⁴V. *infra* n° 610.

¹⁰⁰⁵F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n°829, p. 619.

¹⁰⁰⁶L'éditeur, simple cessionnaire des droits patrimoniaux, ne saurait invoquer l'atteinte du droit moral n'ayant aucune qualité pour se plaindre d'une telle atteinte. V. en ce sens CA Paris, 23 novembre 1977, Ann. Propr. Ind. 1979, 68.

¹⁰⁰⁷CA Versailles, 3 octobre 1990, RIDA 1991, p. 148, note GAUTIER.

¹⁰⁰⁸T. civ. Seine, 6 avril 1949, Pierre Blanchar et a. c/ Sté Éts Gaumont, JCP 1950, II, 5462, note PLAISANT et COSTE ; V. solution réitérée CA Paris, 14 juin 1950, D. 1951. 9, note DESBOIS.

¹⁰⁰⁹CA Paris, 11 janvier 1828, S. 1828-1830, 2, 5.

¹⁰¹⁰Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2003, B. civ. n° 28, p. 23.

¹⁰¹¹Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, B. civ. n° 184, D. 1985. IR 312, obs. C. COLOMBET.

¹⁰¹²A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 502.

en « modifie l'image traditionnelle » »¹⁰¹³.

Certaines œuvres sont par essence susceptibles d'être quelque peu modifiées car traduites ou adaptées ou encore parodiées. Dans ces situations, le créateur devra tolérer de telles déformations. De même, les juges sont parfois amenés à nuancer l'étendue du droit au respect de l'œuvre suivant les circonstances, notamment en matière d'œuvre architecturale. Par exemple, il a été considéré que la pose d'antennes paraboliques sur la façade d'un immeuble d'habitation portait atteinte au droit moral de l'architecte dans la mesure où l'« harmonie et l'esthétique seraient atteintes par ces adjonctions »¹⁰¹⁴. En revanche, la surélévation du bâtiment et la construction d'un restaurant sur le toit du théâtre des Champs-Élysées ne porte pas atteinte au droit moral de l'auteur de la partie sculptée de la façade en raison du caractère peu perceptible par le public des ajouts¹⁰¹⁵. Ainsi, un équilibre devra être recherché entre respect du droit à l'intégrité de l'œuvre d'une part, et nature et destination des ouvrages d'autre part, puisque « la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux »¹⁰¹⁶.

Droit au respect de l'œuvre et imitation. Toute atteinte au droit au respect de l'intégrité d'une œuvre n'intéresse pas toujours le concept d'imitation, la personne ayant modifié ou ajouté à la création d'autrui n'ayant pas nécessairement pris l'auteur ou sa création pour modèle. Ce serait le cas si l'œuvre était reproduite et modifiée. Or un tel comportement semble plutôt aussi renvoyer à un autre droit, celui de la reproduction de l'œuvre avec innovation que nous observerons ultérieurement¹⁰¹⁷. Par exemple, la cour de Paris a considéré qu'« une reproduction qui n'est pas fidèle à l'œuvre originale ou maîtresse réalisée par l'artiste [...] constitue une contrefaçon de l'œuvre de l'esprit portant atteinte au respect du nom de l'artiste et à l'intégrité artistique de son œuvre »¹⁰¹⁸.

532. ***Le droit à la paternité de l'œuvre.*** Enfin, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un dernier droit moral de l'auteur : le droit à la paternité. Ce dernier est double puisqu'il recouvre à la fois le droit au respect du nom de l'auteur et celui au respect de sa qualité. Le premier lui permet d'exiger la mention de son nom alors que le second lui accorde

¹⁰¹³CA Paris, 20 décembre 1990, D. 1991. 532, note EDELMAN, RIDA 1992, p. 295.

¹⁰¹⁴CA Paris, 28 mars 1995, RIDA 1995, p. 243, obs. KEREVER.

¹⁰¹⁵CA Paris, 11 juillet 1990, D. 1992, somm. 17 obs. C. COLOMBET.

¹⁰¹⁶Cass. 1^{ère} civ, 7 janvier 1992, B. civ. n° 7, D. 1993. 522, note EDELMAN; ibid. 88, obs. C. COLOMBET.

¹⁰¹⁷V. *infra* n° 582.

¹⁰¹⁸CA Paris, 16 novembre 2012, CCE 2013, n° 50, note C. CARON.

le droit de revendiquer la création de l'œuvre – individuellement ou collectivement – sans pour autant que « ce droit s'accompagne d'une mention sur l'œuvre elle-même »¹⁰¹⁹. Ainsi, le droit à la paternité préserve-t-il un « lien de filiation » entre le créateur et sa création, même si ce dernier choisit l'anonymat, utilise un pseudonyme ou encore ne mentionne pas ses qualités. C'est d'ailleurs pourquoi nous avons établi que la loi des 9-12 février 1895 ne trouve pas à s'appliquer dans la situation d'une rupture du lien¹⁰²⁰.

Ainsi, ce droit est-il atteint si est omis le nom ou la qualité de l'auteur sur sa création, peu importe le nombre d'exemplaires¹⁰²¹, ou encore si est supprimé son nom, peu importe sa notoriété¹⁰²². Et ce droit devra être respecté pour chaque créateur d'une œuvre **collective**, même si « les divers auteurs participant à son élaboration se fondent dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue »¹⁰²³. Chacun doit pouvoir revendiquer sa paternité morale sur l'œuvre¹⁰²⁴. M. André R. BERTRAND constate qu'il en est ainsi pour « de nombreuses œuvres relevant des arts appliqués, qui comportent rarement les noms de leurs auteurs »¹⁰²⁵. Car l'application du droit à la paternité n'est pas obligatoire¹⁰²⁶. Un créateur peut tout à fait choisir de garder son nom et sa qualité secrets ou, à l'inverse, de sortir de l'anonymat¹⁰²⁷ ou bien exiger que sa qualité figure sur son œuvre¹⁰²⁸. Toute convention portant sur la renonciation de l'auteur à voir figurer son nom ou son titre sur son œuvre serait dans ce sens illicite, car le droit à la paternité est inaliénable et indisponible.

Droit à la paternité et imitation. Le droit à la paternité intéresse nécessairement notre

¹⁰¹⁹V. sur ce point A. R. BERTRAND, *Droits de l'auteur*, Chapitre 106, Dalloz action, 2010, n° 106.36.

¹⁰²⁰V. *supra* n° 223.

¹⁰²¹Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2007, B. civ. n° 135, RTD com. 2007. 541, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁰²²TGI Paris, 21 février 1990, D. 1991. Somm. 95, obs. C. COLOMBET.

¹⁰²³Art. L. 113-2 C. prop. int.

¹⁰²⁴Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1986, B. civ. n° 89.

¹⁰²⁵V. sur ce point A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 106.36. Mais cette impossibilité n'interdit pas aux coauteurs de l'œuvre de revendiquer, notamment dans leur Curriculum Vitae le fait d'avoir participé à la création de cette œuvre. L'auteur remarque notamment qu'« en matière de *design*, de nombreuses œuvres sont universellement connues comme les créations de Le Corbusier, de Starck, etc. et vendues d'ailleurs comme ayant été créées par ces auteurs, sans pour autant que leurs noms soient inscrits sur celle-ci ».

¹⁰²⁶Par. ex. Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2007, B. civ. n° 60, RTD com. 2007. 540, obs. F. POLLAUD-DULIAN. S'agissant d'une autorisation de ne pas mentionner son nom faite par l'auteur au cessionnaire, sur les articles reproduisant les œuvres. Cette autorisation n'emporte pas « aliénation de son droit de paternité, dès lors qu'il conserve la faculté d'exiger son nom ».

¹⁰²⁷V. toutefois CA Paris, 22 janvier 1987, Cah. Dr. Auteur, 1988, p. 15. Si un créateur a lui-même oublié d'indiquer son nom sur son œuvre, volontairement ou non, il ne peut se plaindre de l'omission, par des exploitants, de sa signature sur une illustration qu'il a réalisée. D'autant plus que le créateur avait attendu cinq ans pour manifester son désir de révéler sa paternité. « Les utilisateurs de l'œuvre [n'ont] pas l'obligation de se substituer à lui pour porter sur un dessin la signature qu'il n'y avait pas mise d'autant qu'une telle initiative aurait pu leur valoir le reproche de modifier l'œuvre ».

¹⁰²⁸T. com. Seine, 2 avril 1951, D. 1951, p. 343, s'agissant d'une limitation des titres par l'auteur s'ils sont trop nombreux.

étude de l'imitation de la création ou du créateur puisqu'il protège le lien unissant une œuvre à son créateur. Cependant, là encore, tout acte atteignant ce droit n'est pas nécessairement une imitation. Par exemple, ne saurait être un comportement d'imitation celui qui diffuse une œuvre sans mentionner le nom ou la qualité du créateur. Ici, le diffuseur ne prend pas comme modèle le créateur mais porte bien atteinte à son droit de paternité¹⁰²⁹. Tout au plus se sera t-il intentionnellement fait prendre pour le titulaire des actes réservés, entrant davantage dans une imitation personnelle, et plus exactement, s'agissant d'une fonction, dans une imitation de personnage. La fonction de diffuseur n'étant pas expressément protégée par la loi, on ne pourrait parler d'une infraction d'imitation illicite.

En revanche, celui qui appose sa signature sur l'œuvre d'autrui porte atteinte au droit à la paternité de l'œuvre en se faisant passer pour le créateur, ce qui est manifestement un comportement d'imitation illicite. Selon son droit à la paternité, un auteur peut s'opposer aux usurpations, en contestant l'apposition sur sa propre création du nom d'un tiers qui n'est pas intervenu de façon originale dans la réalisation de l'œuvre¹⁰³⁰.

Notons enfin que, comme le droit au respect de l'œuvre, le régime du droit à la paternité est emprunté à celui des droits de la personnalité. Toutefois, ils s'en distinguent puisqu'ils qu'ils sont transmissibles à cause de mort aux héritiers de l'auteur selon l'alinéa 4 de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁰³¹. Il devient par conséquent possible, ici, de parler d'imitation illicite d'une personne décédée lorsqu'est atteint son droit à la paternité de son œuvre¹⁰³².

En matière de droit moral de l'inventeur, seul le droit à la paternité est protégé.

B. Le droit moral de l'inventeur

533. *Le droit à la paternité de l'invention.* Seul l'article L. 611-9 du Code de la propriété intellectuelle se préoccupe du droit moral de l'inventeur¹⁰³³, et plus exactement de son droit à

¹⁰²⁹En effet, le diffuseur ne saurait être compris comme imitateur. Pour un ex. d'atteinte par un diffuseur au droit moral de l'auteur TGI Paris, 6 décembre 1976, *RIDA* 1978, p. 160.

¹⁰³⁰CA Paris, 25 septembre 1987, D. 1988. Somm. 205, obs. C. COLOMBET ; *RIDA* 1988, p. 104, s'agissant d'un maître de l'ouvrage se présentant à la presse comme ayant conçu et réalisé la restauration d'un immeuble, sans mentionner le nom de l'architecte. V. également Paris, 20 novembre 1996, *RIDA* 1997, p. 321 ; JCP 1997, II, 22937, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁰³¹Précisons que le versant dit « patrimonial » des droits de la personnalité se transmet à cause de mort, au travers du droit des héritiers au respect de leur vie privée.

¹⁰³²Cela étant dit, il s'agira d'une atteinte au droit des héritiers, au décès du père de l'œuvre sur le fondement d'un prolongement du droit à la paternité de l'œuvre.

¹⁰³³F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, n° 331, p. 213. L'auteur considère

la paternité. Ainsi, tout créateur d'une invention industrielle peut exiger ou refuser la mention de son nom¹⁰³⁴ et de sa qualité sur son invention. Et la cour de Bordeaux a précisé dans un arrêt du 15 février 1999 que le défaut de désignation de l'inventeur ou la désignation en cette qualité de personnes qui ne seraient pas les véritables inventeurs n'est pas une cause de nullité du brevet¹⁰³⁵.

Comme pour le créateur d'œuvre artistique ou littéraire, l'inventeur-employé peut lui aussi exiger la mention de son nom si son invention a été réalisée dans le cadre d'une mission¹⁰³⁶. Par ailleurs, même si la cession ne pourra jamais concerner son droit moral d'inventeur, il conserve toujours son droit au nom¹⁰³⁷ ou encore ses récompenses industrielles¹⁰³⁸.

Comme le droit à la paternité de l'auteur, le droit moral de l'inventeur intéresse donc notre concept d'imitation.

534. Que ce soit l'inventeur breveté ou l'auteur ou artiste, ils ont également tous deux des prérogatives d'ordre patrimonial.

Paragraphe 2. Les prérogatives des titulaires du droit d'exploitation

535. Le créateur, auteur ou inventeur, mais également ses ayants-cause bénéficient d'un monopole d'exploitation de la création. Certaines prérogatives sont communes à toutes créations (A) alors que d'autres sont spécifiques à la création protégée (B).

A. Les prérogatives communes : le droit de reproduction ou de fabrication

536. ***La reproduction ou la fabrication.*** Certaines prérogatives offertes aux créateurs ou leurs ayants-cause relèvent du même esprit. Seul le titulaire du droit a le monopole de la

que la formule « droit moral » ici est peu adaptée, « parce que le droit moral a pour objet de protéger l'expression de la personnalité d'un auteur dans son œuvre. Or la personnalité de l'inventeur ne s'exprime nullement dans son invention. Par conséquent, ce droit à la paternité semble plutôt ressortir à l'idée de récompense et d'encouragement à la recherche, qu'à celle de droit moral ». Mais nous utiliserons toutefois les termes de droit moral dans la mesure où elle permet une expression « symbolique » de l'inventeur au travers de sa création.

¹⁰³⁴Pour un ex. CA Paris, 27 février 1971, Ann. propr. ind. 1971, 142.

¹⁰³⁵CA Bordeaux, 15 février 1999, PIBD 1999, III, 403.

¹⁰³⁶TGI Paris, 20 mai 1988, PIBD 1988, 442, III, 444, Dossiers Brevets 1988. V. 4.

¹⁰³⁷Cass. com., 23 novembre 1964, B. civ. n° 513.

¹⁰³⁸Cass. req., 18 mars 1902, Ann. propr. ind. 1903.209.

reproduction ou de la fabrication de sa création. Le législateur choisit le terme « fabrication » pour¹⁰³⁹ l'invention, alors que l'on parle de « reproduction » pour l'œuvre¹⁰⁴⁰. Cela étant, si l'on analyse la jurisprudence en matière de contrefaçon d'invention, la fabrication est entendue comme la reproduction.

537. **La reproduction largement entendue** Le terme reproduction est compris au sens large, notamment en matière de droit d'auteur. En effet, « la notion de reproduction ne doit pas être prise dans un sens trop matériel, trop frustre »¹⁰⁴¹. Ainsi, la reproduction servile, entendue au sens juridique, est-elle tout simplement une duplication, peu importe le support sur lequel elle est réalisée. Néanmoins, il faut noter que pour pouvoir parler d'imitation, la création, chose incorporelle, doit trouver une certaine existence, au moins dans la perception par les sens, pour pouvoir faire l'objet d'une imitation.

Reproduction et imitation. Dans ce sens, si la reproduction intéresse le concept d'imitation, toute atteinte à ce droit ne semble pas a priori relever d'un comportement d'imitation du créateur. Par exemple, en matière de droit d'auteur¹⁰⁴², celui qui capte un film en salle commet une atteinte au droit de reproduction mais ne saurait avoir pris pour modèle le créateur du film¹⁰⁴³. De même, celui qui capte par photographie une œuvre protégée, celui qui met en ligne une création¹⁰⁴⁴ ou encore qui reproduit un dessin sur un cédérom ou sur internet¹⁰⁴⁵ ne commet aucune imitation du créateur de l'œuvre. Tout au plus prend-il pour modèle le titulaire du droit de reproduction – et donc commet plutôt une imitation de personnage, défini par sa fonction, qui n'est pas sanctionnée par le droit comme une imitation illicite.

538. Au côté de ce droit de reproduction, chaque créateur et ayants-cause bénéficie de droits d'exploitation spécifiques.

¹⁰³⁹Art. L. 613-3 C. prop. int. On peut remarquer que c'est également le cas pour les dessins et modèles (Art. L. 513-4 C. prop. int.).

¹⁰⁴⁰L. 122-1 et L. 122-3 C. prop. int. Pour la marque également, il est question de reproduction (L. 713-2 et L. 713-3 C. prop. int.).

¹⁰⁴¹A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, op. cit., n° 941, p. 658.

¹⁰⁴²La directive n° 2001/29 du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoit une large conception de la reproduction. En effet dans son article 2, il est prévu que le droit de reproduction est « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie : pour les auteurs de leurs œuvres ».

¹⁰⁴³Aucun modèle n'est observable, ou du moins le créateur de l'œuvre ne saurait être son modèle.

¹⁰⁴⁴CA Lyon, 9 décembre 1999, RIPIA n° 1999, p. 66.

¹⁰⁴⁵CA Paris, 10 avril 2009, PIBD n° 899, III, 1195.

B. Les prérogatives spécifiques des créateurs

539. Selon la création, le créateur ou ses ayants-cause bénéficient de droits spécifiques en droit d'auteur (1) et en droit des brevets (2).

1) *Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'auteur*

540. L'auteur ou ses ayants-cause jouissent spécifiquement d'un droit de représentation (a) et d'un droit de suite (b).

a) Le droit de représentation

541. ***La définition de la représentation.*** Selon l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. Ce droit est indépendant du droit de reproduction, et notamment de la diffusion d'exemplaires. Plus précisément, on peut distinguer deux actes de communication au public. Mme TREFIGNY rapporte d'une part, une « communication de l'œuvre immédiatement au public, par récitation, jeux de scène, interprétation » et d'autre part une « autre [qui] emprunte, médiatement, des supports matériels (disques, films, émissions de radio ou de télévision...), de plus en plus sophistiqués et nombreux »¹⁰⁴⁶.

542. ***Le droit de représentation.*** Seul le créateur d'une œuvre artistique ou littéraire peut décider de sa représentation. Il doit non seulement donner son autorisation mais surtout préciser l'étendue de celle-ci. Par exemple, la représentation de sa création devant un « nouveau public »¹⁰⁴⁷ ou bien la représentation d'un disque sans autorisation¹⁰⁴⁸ sont des atteintes à son droit. L'acte de représentation illicite ne constitue pas a priori un comportement d'imitation du créateur, ni même de sa création, sauf à considérer que l'usurpateur ait menti et créée une

¹⁰⁴⁶P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., n° 96, p. 67.

¹⁰⁴⁷V. notamment CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League Ltd et autres c/ QC Leisure et autres, aff. C-403/08, et Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd, aff. C-429/08, point 197 : constitue un « public nouveau », un « public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine ».

¹⁰⁴⁸Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, JCP 1988, II, 21120, note A. FRANÇON.

apparence dans l'esprit du public quant à la communication.

b) Le droit de suite

543. ***Le droit de suite non-protégé par le droit pénal.*** Par une loi du 20 mai 1920¹⁰⁴⁹, le législateur crée au profit des artistes un droit de suite inscrit aujourd'hui à l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle. Inaliénable, ce droit permet au créateur d'œuvres graphiques et plastiques la rémunération lors des reventes de leurs créations au cours desquelles intervient un professionnel du marché de l'art. Toutefois, au-delà de ne pas constituer strictement une imitation du créateur, l'atteinte à ce droit n'est pas sanctionnée au pénal, nous ne l'étudierons donc pas davantage.

2) ***Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'inventeur***

544. ***L'exploitation de l'invention.*** En matière de brevets, le créateur ou ses ayants-cause peuvent en premier lieu interdire l'utilisation, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, le transbordement ou la détention à ces fins, du produit objet du brevet¹⁰⁵⁰ ou encore du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet¹⁰⁵¹. Par ailleurs, est interdite « l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français »¹⁰⁵².

De même, selon l'article L. 613-4, le propriétaire du brevet peut seul décider de « la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre ». Cependant, ce texte ne s'applique pas lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits

¹⁰⁴⁹L. du 20 mai 1920 frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'objet d'art (JO 22 mai 1920, p. 7610). Par la suite, la directive 2001-29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, a été intégrée par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 afin d'étendre le droit de suite aux galeries, antiquaires ou encore aux marchands en ligne.

¹⁰⁵⁰Art. L. 613-3 a) C. prop. int.

¹⁰⁵¹Art. L. 613-3 c) C. prop. int. (sauf la fabrication).

¹⁰⁵²Art. L. 613-3 b) C. prop. int.

qui se trouvent couramment dans le commerce¹⁰⁵³. Comme pour tous les droits annexes à la création elle-même, nous ne parlerons pas ici d'imitation d'autrui au travers de sa création. Celui qui utilise, offre, livre ou fait une offre de livraison ne provoque pas d'illusion quant à sa qualité de créateur, donc ne commet pas d'imitation de la création d'autrui.

545. ***Pour conclure sur les créations littéraires, artistiques et d'invention.*** Dans cette section, nous avons d'abord constaté que toute création ne pouvait faire l'objet d'une protection, celle-ci étant subordonnée à différentes conditions de fond et parfois de forme. En premier lieu, seul un effort intellectualisé permet au créateur de prétendre à une telle protection, ce que la Cour de justice nomme « création intellectuelle propre à l'auteur » mais qui s'étend à tout créateur, et donc aussi à l'inventeur. Cette démarche nous permet de circonscrire le domaine de notre étude, à savoir les infractions renvoyant à l'imitation d'une chose qui émane d'une personne, son créateur. Par la suite, l'examen des diverses dispositions du droit concernant la protection de la propriété intellectuelle conduit au constat qu'au-delà du lien de filiation entre le créateur et sa production, le droit prévoit des prérogatives élargies dont l'usurpation ne vise pas toujours à l'imitation du créateur pris comme modèle. Ainsi, tout au long de notre analyse, avons-nous pu écarter les domaines de protection qu'il nous semble inutile d'étudier plus avant, en particulier d'un point de vue répressif. En revanche, certaines protections semblent spécifiquement destinées à empêcher l'appropriation illicite de la création d'autrui qui reviendrait « à se faire passer pour » le créateur de la chose aux yeux du public. Parce que le droit de la propriété littéraire et artistique ainsi que le droit des brevets sont imprégnés d'un aspect patrimonial mais aussi *intuitu personae*, il est possible de considérer une imitation touchant le créateur lui-même. Ce qui, selon notre concept général, correspond à un comportement d'imitation personnelle au travers de sa production. À présent, il nous faut vérifier si une telle analyse s'observe dans la constatation des incriminations prévues par le Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁵³ A moins que le tiers incite la personne à qui il livre des produits de l'invention à commettre des actes interdits par l'article L. 613-3 du Code de la propriété intellectuelle.

SECTION II : LE COMPORTEMENT D'IMITATION D'UNE CREATION OU D'UN CREATEUR

546. *L'imitation d'une création protégée : une contrefaçon sanctionnée.* D'une manière générale, le comportement d'imitation d'une création est sanctionné par des textes incriminant des actes de contrefaçon¹⁰⁵⁴. La contrefaçon est une notion polysémique et s'applique inévitablement à différents comportements. Elle est le fait de porter atteinte aux droits du créateur d'une chose ou à ses ayants-cause.

Lorsque l'on traite de l'imitation, on pense de prime abord à l'atteinte au droit de reproduction. Et lors de l'étude des différents droits offerts au créateur et/ou à ses ayants-cause, nous avons pu apercevoir qu'il est possible de parler d'imitation personnelle, dans la mesure où le créateur s'exprime au travers de son œuvre. Toutefois, il arrive aussi qu'une personne se « fasse passer pour » le créateur d'une chose sans pour autant l'avoir reproduite. L'imitation personnelle est ici alors plus flagrante, s'apparentant à une usurpation de qualité. Dans ce sens, si l'imitation semble relever de deux situations - une imitation personnelle du créateur associée à une reproduction matérielle et une imitation personnelle *stricto sensu* – qu'en est-il de l'appréciation de ces comportements ? S'agit-il de réprimer une imitation personnelle ou une imitation d'une chose ?

Voyons donc dans quelles mesures peuvent constituer une imitation répréhensible, la reproduction matérielle de la création d'autrui (I) ainsi que le comportement plus large d'usurpation de qualité de créateur (II).

547. *Les différentes voies de recours à la contrefaçon d'une création.* Différentes actions sont offertes aux titulaires des droits de la propriété intellectuelle en cas d'atteinte résultant d'une contrefaçon. D'une part, l'action civile, la plus utilisée, permet un dédommagement financier en réparation du préjudice subi. D'autre part, l'action commerciale ouvre la voie à l'action en concurrence déloyale ou parasitaire, ouverte à toute personne ayant un intérêt à agir dans la mesure où la faute tend à l'obtention d'un avantage économique. Elle peut être connexe à une autre action si elle repose sur des faits distincts. Enfin, l'action pénale, moins usitée, permet d'obtenir la répression du contrefacteur. Elle est donc plus dissuasive que l'action civile. Si c'est cette troisième action qui va occuper notre analyse, notons que nous utiliserons un

¹⁰⁵⁴V. Art. L. 335-3 C. prop. int.

certain nombre de solutions civiles ou commerciales applicables en matière pénale.

I. L'imitation de la création d'autrui

548. Pour protéger la propriété intellectuelle, lorsque le législateur sanctionne la reproduction et la copie d'une œuvre littéraire ou artistique, cet acte est expressément visé par l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il n'existe aucun texte spécifique dans le droit des brevets, le législateur s'étant satisfait d'un texte général sur la répression de la contrefaçon, qui englobe la fabrication - ou reproduction - illicite d'une invention.

Quelle que soit la branche du droit de la propriété intellectuelle, certains comportements apparaissent caractérisés une imitation illicite, tant par les composantes du comportement incriminé (Paragraphe 2) que par l'intentionnalité qu'elles supposent (Paragraphe 3). Avant d'analyser cela, nous étudierons l'illicéité de l'exploitation constituée par l'absence d'autorisation du titulaire du droit (Paragraphe 1). Car avant d'apprécier une imitation, le juge se doit de vérifier s'il existait au moment de la reproduction une telle autorisation.

Paragraphe 1. L'illicéité de l'exploitation : l'absence d'autorisation du titulaire du droit

549. Le critère d'illicéité tenant au consentement du titulaire du droit concerne, en fait, tous les comportements d'exploitation de la création, dont sa reproduction, puisque la contrefaçon est le fait d'avoir violé un ou des droits de la propriété intellectuelle. Pour constater une contrefaçon, il convient donc en premier de rechercher l'absence d'autorisation ou de consentement actuel, émanant du détenteur du monopole d'exploitation.

550. *La nécessité d'une autorisation.* M. le Professeur Emmanuel DREYER, concernant le droit d'auteur, et son propos vaut pour toutes les propriétés intellectuelles, rappelle que “pour échapper au droit pénal, une autorisation doit avoir été sollicitée et obtenue avant l'accomplissement de tout acte relevant du monopole de l'auteur”¹⁰⁵⁵. Plus largement, seul le consentement du titulaire du droit d'auteur ou de brevet légitime l'exploitation d'une création par un tiers. Ainsi doit-il autoriser l'imitation de la création.

¹⁰⁵⁵E. DREYER, Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique - Eléments constitutifs. Sanctions, J.-Cl. Lois pénales spéciales, 2015, fasc. 20, n° 53.

551. **Le titulaire du droit privatif.** Il ne s'agit pas nécessairement d'obtenir l'autorisation du créateur pour que l'exploitation, et notamment la reproduction, soit licite, mais essentiellement celle du titulaire du droit de propriété – ce dernier pouvant ne pas être le créateur. Cette précision est importante car dans la recherche d'une théorie générale de l'imitation de la création d'autrui, cet autrui représente le créateur lui-même et c'est également le droit moral de l'auteur ou de l'inventeur lui-même que préserve la propriété intellectuelle. Cependant, la protection du droit d'exploitation apporte une nuance notable dans ce qui serait une théorie pénale de l'imitation d'une création. Car elle impose de considérer tous les tiers exploitants de l'œuvre ou de l'invention - dont le créateur peut être exclu - pour apprécier la légitimité ou l'illicéité du comportement.

Le juge devra alors vérifier le consentement du ou des titulaires, c'est-à-dire tous ceux qui auront contractuellement acquis un droit d'exploiter, l'action en contrefaçon permettant la défense d'un droit privatif. En particulier, pour les créations de collaboration, tous les titulaires du droit – entendus comme copropriétaires - auront à donner leur consentement à sa reproduction. C'est dans ce sens que la chambre criminelle a rappelé dans un arrêt du 26 novembre 2013 que « l'acte d'exploitation d'une œuvre de collaboration par l'un de ses auteurs, sans le consentement d'un autre coauteur et en méconnaissance de ses droits, caractérise la contrefaçon dans sa matérialité et implique que, sauf preuve contraire, le délit a été commis sciemment »¹⁰⁵⁶. De même, en droit des brevets, dans un arrêt du 15 mars 2011, la chambre commerciale a considéré qu'un copropriétaire non notifié peut toujours poursuivre en contrefaçon les licenciés autorisés à exploiter par l'autre copropriétaire, dans la mesure où il manque l'autorisation de tous les propriétaires¹⁰⁵⁷.

Nous retiendrons donc que le critère d'illicéité d'un comportement d'imitation de la création d'autrui dépasse largement la seule considération du créateur, non sans conséquences pour l'analyse de la matérialité de l'acte et de l'intention de l'imitateur.

Plusieurs situations d'absence d'autorisation sont envisageables : d'une part, l'autorisation peut être inexistante (A) ; d'autre part, elle peut avoir été dépassée (B).

¹⁰⁵⁶Cass. crim., 26 novembre 2013, n° 12-88370, non publié au bulletin.

¹⁰⁵⁷Cass. com., 15 mars 2011, B. civ. n° 42.

A. L'inexistence d'une autorisation à reproduire la création

552. **Autorisation et faculté d'interdire la reproduction.** L'autorisation équivaut au consentement du titulaire à l'exploitation d'une création, et ici plus particulièrement, à la reproduction ou copie de la création. Que ce soit en droit d'auteur ou brevet¹⁰⁵⁸, le titulaire du droit d'exploitation a donc une « faculté d'interdire »¹⁰⁵⁹ – puisque son consentement est requis. L'autorisation à l'exploitation par reproduction est nécessaire quel que soit le nombre d'exemplaires ou la différence de support, tel un support éphémère, ou la communication, médiate ou immédiate, etc. La jurisprudence est constante en droit de la propriété intellectuelle : pour légitimer la reproduction, le titulaire du droit d'exploitation doit avoir expressément donné son consentement.

553. **L'absence d'autorisation actuelle.** L'autorisation doit être actuelle, c'est-à-dire exister au moment de l'accomplissement de l'acte. Ainsi par exemple, une personne ne saurait reproduire l'œuvre d'autrui, alors qu'il était encore en négociation de l'acquisition des droits et attendait la conclusion de l'accord¹⁰⁶⁰.

554. **Une autorisation non équivoque.** L'autorisation ne doit faire aucun doute quant à son existence et être rapportée de manière incontestable¹⁰⁶¹. Par principe, une autorisation tacite ne saurait suffire à permettre une exploitation. On retrouve cette idée dans les textes mais également dans la jurisprudence. D'une part, l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle par exemple dispose que “l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent Code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante

¹⁰⁵⁸Il en est de même en matière de droit des dessins et modèles. V. Art. L. 521-1 C. prop. int.

¹⁰⁵⁹A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 498, p. 324

¹⁰⁶⁰V. notamment Cass. crim, 5 mai 1981, RIDA 1982, p. 179. La négociation de l'acquisition de droits ne permet pas l'exploitation des œuvres, sans attendre la conclusion définitive de l'accord, « *a fortiori* lorsque l'entrée en vigueur de cet accord est subordonnée au versement de redevances ». En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une reproduction. Toutefois, la solution pourrait s'appliquer également dans ce cas.

¹⁰⁶¹CA Paris, 11 juin 1996, D. 1997, somm. p. 89, obs. Th. HASSLER.

dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France ». D'autre part, les juges ont considéré que « le contrat de commande unissant le photographe et la société utilisatrice de ses clichés n'entraîne en lui-même aucune cession des droits d'exploitation »¹⁰⁶² ou encore que « le louage d'ouvrage n'emportant, aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur, la preuve d'une cession de ses droits d'exploitation doit être établie par convention expresse et conclue dans les conditions de l'article L. 131-3 »¹⁰⁶³. Toutefois, la jurisprudence a validé à plusieurs reprises le consentement tacite du moment qu'il est non équivoque, notamment au travers de la rémunération obtenue par le titulaire du droit de la propriété intellectuelle ou encore, comme le relève justement le Professeur Emmanuel DREYER, « lorsque certaines reproductions sont rendues nécessaires par la nature même de la mission confiée à autrui. Elles n'ont pas besoin de faire alors l'objet d'une autorisation expresse »¹⁰⁶⁴.

555. *Le cas de la création d'un salarié*. Dans un arrêt du 21 octobre 1997, la Cour de cassation a considéré que « l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits de propriété intellectuelle de l'auteur et qu'à défaut de convention expresse, conclue dans les conditions de la loi, l'auteur ne transmet pas à son employeur, du seul fait de la première publication, le droit de reproduction de son œuvre ». Ainsi « l'auteur des photographies n'avait pas transmis à son employeur, du seul fait de la première publication rémunérée à titre de pigne, le droit de reproduction de ses œuvres, pour de nouvelles publications ou une cession à des tiers »¹⁰⁶⁵. Ici la jurisprudence semble concilier le droit d'exploitation gardé entre les mains de l'auteur et celui du droit de la première publication.

556. De plus, et notamment lorsque le consentement est contractualisé, il est interdit de dépasser les limites de l'autorisation à exploiter.

¹⁰⁶²CA Versailles, 4 février 1999, n° 6245-97 : JurisData n° 1999-042797.

¹⁰⁶³Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, B. civ. n° 89.

¹⁰⁶⁴E. DREYER, Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique -Eléments constitutifs. Sanctions, op. cit., n° 59.

¹⁰⁶⁵V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 21 octobre 1997, B. civ. n° 285; V. également Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001, B. civ. n°170 ; Comm. com. électr. 2001, comm. 74, obs. C. CARON.

B. Le dépassement de l'autorisation

557. *Un dépassement des limites du consentement.* Tous les actes d'exploitation opérés dans le cadre d'une autorisation par le ou les titulaires du droit - voire leurs ayants-cause - et qui dépassent les limites du consentement sont des actes de contrefaçon¹⁰⁶⁶. Il peut s'agir, par exemple, de la situation où l'agent a reproduit la création plus qu'il n'y était autorisé, au-delà du délai prévu, en plus d'exemplaires prévus ou encore pour une autre destination. Le défendeur à l'action en contrefaçon devra alors prouver l'existence et l'objet de l'autorisation. Ce qui peut s'avérer relativement difficile lorsqu'aucun contrat n'aura été écrit, comme pour les licences. Les juges semblent accorder une liberté de preuve dans de telles circonstances.

558. *Une circonstance aggravante.* Bien plus, le législateur érige cet irrespect de l'autorisation en circonstance aggravante dans chacune des branches du droit de la propriété intellectuelle. Que ce soit en droit littéraire¹⁰⁶⁷ et artistique, ou en droit industriel¹⁰⁶⁸, si l'agent était lié par convention avec la partie lésée, les peines sont portées au double. Une telle répression paraît tout à fait compréhensible dans la mesure où le licencié ou concessionnaire a trahi la confiance de son cocontractant née de la convention.

559. *Une imitation personnelle du titulaire ?* On peut remarquer que la nécessité d'une autorisation par le titulaire – qui peut s'avérer une autre personne que le créateur – rapproche les comportements d'exploitation illicite d'une imitation personnelle du titulaire, par usurpation de droit. En effet, celui qui exploite l'œuvre sans consentement agit comme le titulaire du droit sur la création. Cela étant, et comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, il paraît difficile d'envisager dans cette situation une imitation dans la mesure où il paraît peu probable que l'usurpateur se présente ou soit perçu directement comme étant titulaire. Si son comportement est un mensonge – en agissant sans autorisation – il ne crée aucune apparence reposant sur une réalité illusoire - celle d'être le véritable titulaire.

En revanche, lorsqu'un individu reproduit sans autorisation la création d'autrui, il est plus probable qu'il en soit perçue comme le créateur. Et certaines contrefaçons semblent bien renvoyer à un comportement d'imitation d'une chose voire d'une personne.

¹⁰⁶⁶Par ex. Cass. crim., 21 septembre 2004, PIBD 2005, n° 799, III, 6.

¹⁰⁶⁷Art. L. 335-9 C. prop. int.

¹⁰⁶⁸Art. L. 615-14-1 C. prop. int.

Paragraphe 2. Le comportement d'imitation illicite de la création d'autrui : l'appréciation d'une imitation matérielle et non personnelle

560. Il est classiquement enseigné que l'imitation correspond à la copie imparfaite de la création, différenciée de la reproduction, entendue au sens juridique comme une réplique de la chose. Or d'un point de vue comportemental, l'imitation s'applique à un acte soit de reproduction parfaite soit de copie imparfaite, et c'est dans ce sens que nous continuerons de l'étudier.

La copie imparfaite désigne l'imitation de la création par la reprise de ses éléments essentiels, qui s'en détache cependant par certains points, dans la mesure où l'imitateur aura apporté quelques innovations/adjonctions à la création. Ainsi pouvons-nous distinguer l'imitation parfaite, c'est-à-dire **l'imitation-reproduction** (ou copie réplique) de la création et l'imitation imparfaite, **une imitation-simulacre**, l'imitateur apportant quelques innovations à la création copiée. Parmi les infractions de contrefaçon, nous étudierons donc plus particulièrement celles qui correspondent à une reproduction parfaite de la création, ou imitation sans innovation (A) puis celles qui témoignent d'une reproduction imparfaite de la création, ou imitation avec innovation (B).

A. La reproduction parfaite de la création : une imitation sans innovation

561. La reproduction parfaite de la chose d'autrui, sans être *stricto sensu* prévue par les dispositions, est sanctionnée dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Il convient donc de préciser l'étendue de la notion de « reproduction » selon le législateur afin de vérifier si elle procède d'un comportement d'imitation, d'une chose et/ou personnelle, et d'en analyser les éléments constitutifs. *A priori*, la reproduction peut s'appliquer à un comportement d'imitation d'une chose incorporelle matérialisée, mais nous avons pu dégager que, s'agissant de création reflétant la personnalité de leur créateur, cette imitation pouvait être appréciée également comme étant de nature personnelle. Il s'agira donc ici d'analyser l'appréciation de la contrefaçon par les juges. Pour cela, nous verrons comment est constatée l'acte de reproduction parfaite de la création d'autrui (1) puis l'analyse de cette reproduction en droit d'auteur et droit des brevets (2).

1) *L'acte de reproduction de la création en droit d'auteur et de brevet*

562. Même si elle procède de démarches similaires, réalisées au vu du résultat, la constatation d'un acte de reproduction d'une création diffère suivant l'objet protégé, par droit d'auteur (a) ou le droit des brevets (b).

a) *L'acte de reproduction en droit d'auteur*

563. ***La reproduction entendue au sens juridique : une fixation matérielle.*** Selon l'article L. 122- 4 du Code de la propriété intellectuelle, « toute **reproduction intégrale ou partielle** faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». La reproduction est expressément définie par le législateur comme étant « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »¹⁰⁶⁹.

Ainsi que cela a été établi, le terme « reproduction » en droit d'auteur est entendu au sens large¹⁰⁷⁰. Pour des raisons tout à fait saisissables, le législateur entend sanctionner toute « fixation » de la création illicite¹⁰⁷¹. Ce qui signifie que la reproduction d'une œuvre de l'esprit n'est pas nécessairement une imitation de celle-ci. Par exemple, un individu qui filme une projection de séance de cinéma commet une contrefaçon par reproduction, mais à aucun moment il n'a imité le film ni même personnellement le créateur de cette œuvre.

La reproduction dans le Code de la propriété intellectuelle est donc définie au sens juridique et sanctionnée, peu importe le support sur lequel elle est réalisée. Or, seules les contrefaçons de reproduction entendue au sens strict de « re-fabrication » de la création, présentent un intérêt pour l'étude du concept d'imitation en droit pénal. Ce sont donc ces infractions que nous nous devons plus particulièrement d'examiner.

564. ***La re-production d'une création : une imitation de la chose servile.*** L'article L. 335- 2

¹⁰⁶⁹ART. L. 122-3, alinéa 1, C. prop. int.

¹⁰⁷⁰V. *supra* n°536 et s.

¹⁰⁷¹La directive n° 2001/29 du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoit une large conception de la reproduction. En effet dans son article 2, il est prévu que le droit de reproduction est « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie : pour les auteurs de leurs œuvres ».

du Code de la propriété intellectuelle précise que toute édition d'écrits, de compositions musicales, de dessins, de peintures ou de toutes autres productions, imprimées ou gravées en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est un délit de contrefaçon.

Là encore, une distinction est à établir. Celui qui enclenche une machine pour reproduire en grand nombre une création n'imité pas le créateur, dont il ne s'approprie ni les attributs ni les actes. Le résultat de son comportement, la production de choses absolument identiques à l'original, est bien une imitation matérialisée et servile de la création et il est, à ce titre, puni de contrefaçon¹⁰⁷². Alors que celui qui reproduit « manuellement » une création littéraire ou artistique, doit notamment imiter les actes qui ont conduit le créateur à matérialiser son « œuvre de l'esprit ». De ce point de vue, le contrefacteur peut entrer dans une imitation personnelle du créateur afin d'accomplir une imitation de l'œuvre littéraire ou artistique. Et le résultat de son comportement dépendra de son habileté à imiter l'artiste et pourra donc être une reproduction servile mais également quasi-servile.

565. La reproduction quasi-servile d'une création. Seule une machine¹⁰⁷³, permet véritablement l'imitation servile d'une création alors qu'il paraît relativement difficile pour une personne d'imiter à la perfection la création matérialisée. C'est pourquoi les juges sanctionnent également la « reproduction quasi-servile » de celle-ci. Un individu peut effectivement imiter une œuvre à la quasi-perfection en ayant modifié des éléments insignifiants de la création. Dans ce cas, on ne saurait lui attribuer une innovation. La reproduction quasi-servile est ainsi assimilable à une reproduction servile. Par exemple, il s'agit du peintre qui reproduit une peinture mais avec des couleurs quelque peu différentes¹⁰⁷⁴, difficilement observables à première vue pour un homme profane en la matière. Seule une analyse minutieuse et opérée par les juges du fond voire des experts peut permettre de constater la quasi-servilité.

566. La reproduction partielle servile d'une création. Le contrefacteur peut s'être contenté, par ailleurs, d'une reproduction exacte de la création mais seulement en partie. Par exemple, un individu ne fait que reproduire un fragment d'un livre¹⁰⁷⁵ ou encore quelques notes d'une

¹⁰⁷²Seule, à la rigueur, la première copie de cette chaîne aura été réalisée par imitation.

¹⁰⁷³On pense notamment aux imprimantes, machines d'usine, etc.

¹⁰⁷⁴Différence de couleur à quelque « degré près » par exemple, de la matière utilisée, etc.

¹⁰⁷⁵Par ex. TGI Paris, 17 février 1999, RIDA juill. 1999, p. 331, s'agissant d'un extrait d'un scénario. La reproduction d'une partie non négligeable est un acte de contrefaçon.

composition musicale. Une telle copie reste parfaite dans la mesure où l'extrait de l'œuvre ou de toute autre création est reproduit de manière servile ou quasi-servile. Le contrefacteur inscrit les éléments repris, certes dans un autre contexte, mais sans les modifier. Il ne s'agit aucunement d'une innovation. Tel est le cas de la reproduction sans autorisation, dans une thèse de droit, de 87 pages rédigées et 148 pages de schémas et bibliographies rédigées par une autre personne ¹⁰⁷⁶.

Nécessairement, une telle reproduction porte atteinte à la fois au droit de reproduction du créateur mais également à son droit moral « puisque [la fixation] donne une image tronquée de [l'œuvre] »¹⁰⁷⁷.

567. **Limites à la reproduction aux fins d'analyses et courte citation.** En revanche, échappe à la répression la reproduction d'une partie d'une œuvre aux fins d'analyses et courte citation. Nécessairement, cette limite concerne la reproduction partielle sans modification de la création.

L'analyse permet « de décomposer l'œuvre en ses éléments essentiels »¹⁰⁷⁸. La citation quant à elle, permet d'extraire une partie d'une œuvre pour devenir un accessoire d'une autre création, en la reproduisant¹⁰⁷⁹. Par ailleurs, la citation comme l'analyse doivent présenter un caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées » selon l'article L. 122-5 3° a) du Code de la propriété intellectuelle. Ces reproductions doivent clairement indiquer le nom de l'auteur et la source pour légitimer la citation et l'analyse. Ces exceptions ont pour objectif de « mettre en valeur l'œuvre première à l'intérieur de l'œuvre seconde. Elles sont justifiées parce qu'il n'y a pas appropriation d'un travail préexistant mais bien restitution à l'auteur de l'œuvre première du mérite qui lui revient »¹⁰⁸⁰. Même si parfois, certaines difficultés matérielles empêchent la courte citation telle qu'en matière musicale¹⁰⁸¹, la citation est licite dans la mesure où l'imitateur ne s'approprie pas le travail d'un autre.

¹⁰⁷⁶Cass. crim., 15 juin 2010, CCE 2010, n° 95, note Ch. CARON.

¹⁰⁷⁷F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 966, p. 714.

¹⁰⁷⁸A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, op. cit., n° 425, p. 390.

¹⁰⁷⁹V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, B. civ. n° 44 ; Comm. com. électr. 2005, comm. 39, obs. Ch. CARON.

¹⁰⁸⁰V. dans ce sens E. DREYER, *Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique – Etablissement de la contrefaçon. Faits justificatifs spéciaux*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, 2015, fasc. 30, n° 91. Les difficultés matérielles notamment ne justifient pas une citation sans indiquer le nom du créateur de l'œuvre dont elle émane, tant en matière civile (par ex. CA Paris, 13 février 1998, n°95/19454 : JurisData n° 1998-021984) qu'en matière pénale (T. corr. Paris, 17 janvier 1968, RIDA 1969, p. 140).

¹⁰⁸¹TGI Paris, 10 mai 1996, RIDA 1996, p. 324.

568. **Indifférence de la quantité de reproduction.** Si généralement la reproduction est réalisée en grand nombre par les contrefacteurs¹⁰⁸², le législateur n'impose aucune condition de quantité de la reproduction. Un seul « recopiage » suffit pour caractériser l'infraction¹⁰⁸³. Par principe, cette reproduction doit être finie. En effet, le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit pas de réprimer la tentative de la reproduction. L'acte préparatoire tel que la fabrication d'un moule, ou l'établissement d'une planche sur laquelle est reproduite une œuvre d'art alors que les gravures n'ont pas encore été tirées ne saurait être réprimé¹⁰⁸⁴. Toutefois, si le moule a servi, et une fois la reproduction terminée¹⁰⁸⁵, l'acte de contrefaçon est caractérisé, s'il a été accompli en dehors de toute autorisation. Ajoutons enfin que cette fixation peut n'être qu'éphémère, ce qui importe est l'aptitude de celle-ci à communiquer l'œuvre au public¹⁰⁸⁶.

Plus précisément, la chambre criminelle, dans un arrêt du 25 octobre 2016¹⁰⁸⁷, a censuré les juges du fond qui, après avoir constaté que le bronze et le surmoulage de l'œuvre de Rodin ainsi qu'un plâtre représentant « L'Éternel Printemps » du même artiste, pièces en cours de fabrication, constituaient des reproductions d'œuvres de Rodin, n'avaient pas recherché si ces reproductions portaient atteinte au droit moral de l'artiste. Ainsi au-delà de constituer une atteinte au droit de reproduction, ce comportement viole le droit moral du créateur. Un tel raisonnement sur l'acte de reproduction se retrouve en droit des brevets.

b) L'acte de reproduction en droit des brevets

569. **La reproduction en droit des brevets.** L'article L. 615-14 du Code de la propriété intellectuelle punit « ceux qui auront porté sciemment atteinte aux droits du propriétaire du brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6 ». Un individu peut ainsi recopier entièrement la création brevetée d'un autre. La reproduction est parfois définie comme un acte d'emprise directe du brevet – portant directement atteinte au droit privatif¹⁰⁸⁸. Plus exactement,

¹⁰⁸²Par ex. Cass. crim., 10 mai 1995, n°94-80942, non publié au bulletin.

¹⁰⁸³CA Paris, 23 novembre 1963, JCP G, 1963, II, 13235, obs. H. DELPECH.

¹⁰⁸⁴V. sur ce point H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°750, p. 880.

¹⁰⁸⁵Mais la fabrication non terminée, si elle présente des similitudes suffisantes avec l'œuvre originale, peut suffire à caractériser la contrefaçon.

¹⁰⁸⁶V. Y. GENDREAU, *Le critère de fixation*, RIDA, octobre 1998, p. 111. La mise en circulation de l'œuvre n'a pas être effective.

¹⁰⁸⁷Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 15-84620, non publié au bulletin.

¹⁰⁸⁸M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2005, p. 102 et s. Selon le Professeur, il est possible de rassembler les actes de contrefaçon en matière de brevet en deux catégories : les actes d'emprise directe ainsi que les actes d'aide et d'incitation. Les premiers sont des actes d'emprise sur le monopole, le territoire

et comme le précise le Professeur POLLAND-DULLIAN, « contrefaire c'est reproduire les moyens essentiels constitutifs du brevet dans la fonction prévue par celui-ci » [...] ; « l'acte d'exploitation doit donc atteindre le droit de brevet dans son objet, sa période de validité et son territoire d'intervention »¹⁰⁸⁹. Ainsi, là encore, il semble que ce soit l'imitation de l'invention brevetée qui soit sanctionnée par les textes.

Cette reproduction peut avoir différents objets : le brevet de produit qui protège le produit lui-même, le brevet de procédé qui protège le procédé, le brevet d'application qui protège la nouvelle fonction trouvée ainsi que le brevet de combinaison qui ne protège que la combinaison en elle-même¹⁰⁹⁰. Et là encore, la fabrication doit être terminée pour caractériser une contrefaçon, le législateur n'ayant pas sanctionné la tentative de contrefaçon de brevet. Selon l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'étendue de la protection est déterminée par la teneur des revendications. Seules les revendications principales et sous-revendications¹⁰⁹¹ expressément prévues dans la demande de brevets, interprétées grâce à la description et d'éventuels dessins¹⁰⁹², déclarées au préalable valables, ne peuvent être reproduites. « La simple reproduction d'une [invention] non brevetée pourrait seulement être considérée comme un acte de concurrence déloyale »¹⁰⁹³.

570. ***La reproduction quasi-servile de l'invention.*** Constitue également une contrefaçon la

immatériel du breveté et les seconds sont ceux permettant d'aider à l'exploitation, fourniture de moyens, incitation à l'exploitation, etc. dans la mesure où « aider à contrefaire, c'est contrefaire ».

¹⁰⁸⁹F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, Paris : Economica, 2010, n° 967. La simple reproduction d'une [création] non brevetée pourrait seulement être considérée comme un acte de concurrence déloyale.

¹⁰⁹⁰V. sur ce point M. DAURY-FAUVEAU, *Propriété industrielle, Synthèse*, J.-Cl. Pénal des affaires, 2017. L'auteur explique l'acte de contrefaçon en fonction du brevet. D'une part, le brevet de produit protège le produit de telle manière que sa reproduction constitue une contrefaçon même si le procédé utilisé pour l'obtenir diffère. D'autre part, le brevet de procédé ne protège que le procédé. Il n'y a donc pas contrefaçon à fabriquer le même produit par un procédé différent. De plus, le brevet d'application ne protège que la nouvelle fonction trouvée, si bien que le moyen utilisé peut faire l'objet d'une autre application. Enfin, le brevet de combinaison protège la combinaison en elle-même et précisément celle décrite par les revendications. Et normalement, un brevet de combinaison ne saurait donner lieu à une contrefaçon partielle puisqu'il protège l'interférence de plusieurs moyens. Ainsi, il n'y a pas de contrefaçon à reproduire un moyen lorsque la revendication principale vise l'association de deux moyens (Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n° 01-14574, non publié au bulletin). Dès lors, la contrefaçon des revendications dépendantes n'est pas constituée non plus puisque le breveté n'a pas entendu les protéger indépendamment de la revendication principale (CA Paris, 29 novembre 1995, PIBD 1996, III, p. 11). Toutefois, la jurisprudence retient la contrefaçon de certaines caractéristiques et non de l'ensemble d'entre elles lorsque la revendication est complexe et divisible : elle porte alors sur des moyens, non pas combinés, mais seulement juxtaposés ; c'est-à-dire qui produisent chacun un résultat qui lui est propre (Cass. com., 28 avril 1987, JCP E 1987, II, 15067, note J.-P. MARTIN). La doctrine, hostile à la théorie de la contrefaçon partielle, a parfois vu son abandon dans la jurisprudence (En ce sens, P. VIGAND, *La contrefaçon se juge par les ressemblances et par les différences*, Propr. ind. 2004, comm. 38).

¹⁰⁹¹P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 475, p. 391.

¹⁰⁹²Cass. com., 6 novembre 1984, Annales, 1985, p. 77, obs. P. MATHELY.

¹⁰⁹³J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, op. cit., n° 432.

reproduction qui présenterait des différences de détails¹⁰⁹⁴ ou secondaires¹⁰⁹⁵ dans la mesure où sont reproduits les moyens essentiels de l'invention brevetée.

571. ***La reproduction servile partielle de l'invention. La juxtaposition.*** En outre, les juges du fond ont considéré qu'« une contrefaçon partielle n'est concevable que pour la reproduction d'un élément essentiel d'une revendication complexe et non pas d'un élément d'une combinaison de moyens »¹⁰⁹⁶. Parfois l'imitateur aura reproduit partiellement une juxtaposition de moyens. Dans ce cas, « il n'y a pas de relation fonctionnelle entre les moyens »¹⁰⁹⁷. MM. Les Professeurs Christian LE STANC et Privat VIGAND précisent que « la juxtaposition est traditionnellement définie en doctrine comme en jurisprudence comme l'invention constituée de moyens ne coopérant pas entre eux de telle sorte que cette absence de relation fonctionnelle conduit à la seule addition des résultats individuels des moyens. Chaque moyen peut être mis en œuvre séparément et continue à jouer un rôle propre et distinct et peut être supprimé sans que le résultat des autres soit supprimé ou modifié. Malgré la condamnation implicite d'une telle distinction après 1968, les magistrats se sont employés à la ressusciter pour admettre dans certains cas la contrefaçon de certains moyens d'une revendication indépendante »¹⁰⁹⁸. Ainsi est sanctionnée la contrefaçon partielle d'une revendication complexe, autrement dit d'inventions juxtaposées¹⁰⁹⁹. La doctrine semble y être toutefois opposée pour plusieurs raisons. D'une part, le principe de la revendication serait dénué de sens¹¹⁰⁰ : « le breveté aurait, en effet, la faculté de rédiger des revendications « fourre-tout » mentionnant un nombre quelconque de caractéristiques en vrac et, après constatation d'une fabrication concurrente, d'en extraire, selon les besoins, une caractéristique isolée reproduite par le concurrent, et ce, au seul motif qu'il n'a pas su exprimer la vérité de son invention et que son mandataire a été empêché d'approfondir la compréhension de l'invention ». Par ailleurs, « la reproduction d'un élément isolé d'une juxtaposition ne devrait pas être une contrefaçon partielle car l'élément isolé reproduit n'est pas nécessairement l'élément essentiel de la solution du problème technique. L'invention étant une solution d'un problème technique : il y a contrefaçon de l'invention lorsque tous les éléments essentiels de la solution sont reproduits et, sont essentiels les éléments sans lesquels le problème

¹⁰⁹⁴Cass. com., 20 mai 2003, PIBD 2003, 771, III, 439.

¹⁰⁹⁵Cass. com., 21 juin 1988, annales 1988, p. 58.

¹⁰⁹⁶CA Paris, 11 octobre 1990, Ann. 1990, 235.

¹⁰⁹⁷F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 766, p. 399.

¹⁰⁹⁸C. LE STANC et P. VIGAND, *La contrefaçon partielle de brevet*, Mél. J.-J. BURST, Paris : Litec, 1997, p. 302.

¹⁰⁹⁹Par ex. CA Paris, 11 octobre 1990, Ann. 1990, 235.

¹¹⁰⁰V. notamment sur ce point P. VIGAND, *Portée et validité d'un brevet européen en France*, Mél. P. MATHELY, Paris : Litec, 1990, p. 335.

technique ne peut être résolu »¹¹⁰¹. L'imitateur pourra donc licitement reproduire des éléments d'une revendication complexe sans s'inquiéter d'une sanction.

572. **La reproduction servile partielle de l'invention. L'expérimentation.** Par ailleurs, entres autres exceptions¹¹⁰², l'article L. 613-5 b) du Code de la propriété intellectuelle prévoit comme limite à la nécessité d'une autorisation, les reproductions accomplies « à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ». L'imitateur pourra alors légalement reproduire l'invention à des fins d'innovation et de perfectionnement. Une telle exception se comprend dans la mesure où elle favorise l'évolution des inventions. Est ainsi licite l'imitation d'une création par un futur acquéreur du brevet – voire un futur licencié d'exploitation afin « de constater par lui-même l'intérêt que peut représenter pour lui l'invention »¹¹⁰³. Par ailleurs, selon l'article L. 612-5 du Code de propriété intellectuelle, « l'invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ». Or l'homme de métier doit naturellement pouvoir expérimenter sans être inquiété de poursuites pénales l'invention décrite dans la demande de brevet. Enfin, l'expérimentation permet incontestablement l'amélioration de l'invention¹¹⁰⁴. D'autant plus qu'il est possible pour l'imitateur de déposer un brevet de perfectionnement. Les juges devront alors apprécier la reproduction réalisée dans le cadre de l'expérimentation¹¹⁰⁵.

Au regard de ces textes, l'imitation d'une invention apparaît donc strictement réglementée et illicite dès qu'elle porte atteinte au droit du titulaire du brevet correspondant.

¹¹⁰¹P. TREFINGY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., n° 199, p. 147. L'auteur ajoute également qu'il « y a quelque injustice à accepter la proposition de la jurisprudence car, lors de la procédure d'examen, la recherche aura nécessairement été faite sur la revendication complexe, et non pas sur chacun de ses éléments ».

¹¹⁰²Nous ne les étudierons pas individuellement, nous nous contenterons d'en évoquer certaines afin de mieux comprendre le concept d'imitation. Toutefois, on peut compter les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales, la reproduction de l'invention sous forme de préparation médicinale dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, et les actes concernant ces médicaments ainsi préparés, études et essais requis en vue de l'obtention d'une Autorisation de Mise sur le Marché pour un médicament et actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation, actes nécessaires à l'obtention du visa de publicité pour les médicaments, objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique, etc. (ART L. 613-5, L. 613-5-3 et L. 615-7 C. prop. int.).

¹¹⁰³C. LE STANC, *Acte de contrefaçon – Élément légal*, J.-Cl. Brevets, 2003, fasc. 4620, n° 53.

¹¹⁰⁴V. CA Paris, 7 octobre 2005, PIBD 2005, n° 819, III, p. 685. « La mise à disposition gratuite d'un dispositif constitue un acte à but commercial contraire à l'article L. 613-5 du Code de propriété intellectuelle dans la mesure où les mises au point de ce dispositif sont réalisées non dans le dessein d'en effectuer une vérification substantielle, mais dans celui de l'améliorer éventuellement pour satisfaire le client ».

¹¹⁰⁵V. notamment CA Paris, 8 décembre 1887, Ann. propr. ind. 1890, p. 142. Ne constitue pas une contrefaçon, « la machine non terminée qui n'est susceptible d'aucun usage, d'aucun travail industriel et ne peut être qu'une machine d'étude au moyen de laquelle son constructeur cherche des perfectionnements nouveaux ».

573. *Pour conclure sur l'acte de reproduction de la création.* On constate que la contrefaçon, si elle ne se contente pas de renvoyer à un acte d'imitation illicite, inclut bien ce comportement. Les dispositions semblent ainsi sanctionner non pas une imitation personnelle mais l'imitation de la chose, dont il convient d'analyser son appréciation.

2) *L'appréciation de la reproduction parfaite en droit d'auteur et de brevet : la recherche d'une apparence de la réalité*

574. Peu importe les moyens utilisés par le contrefacteur, seul le résultat permet de qualifier l'imitation illicite (a). Que ce soit en droit d'auteur ou en droit des brevets, la qualification de l'acte de contrefaçon en imitation, ainsi que l'analyse de certaines exceptions prévues par le législateur (b), semblent confirmer que le risque de méprise dans l'esprit du public explique la sanction de la reproduction et de son usage.

a) *La qualification de la reproduction parfaite : une présomption irréfragable du risque de méprise dans l'esprit du public*

575. *La qualification de l'imitation : une imitation-reproduction.* A la différence de l'imitation de personne et de personnage, l'imitation ici ne se constate pas par l'utilisation de moyens mais nécessairement par rapport à son résultat. Pour constater l'imitation de la création, chose incorporelle, les juges du fond sont nécessairement amenés à caractériser une imitation de la chose matérialisée, c'est-à-dire qu'ils peuvent percevoir. C'est le résultat de l'imitation qui permet de la qualifier. Plus précisément, si ce résultat est une reproduction totale, servile ou quasi-servile, sans innovation, d'une œuvre ou d'un brevet, c'est parce que le contrefacteur a « re-fabriquée » la création dans son tout matériel. Il s'agit donc nécessairement d'une **imitation-reproduction** de l'image stricte, « **réplique** » de la création. Un tel comportement crée alors une **apparence de la réalité**. La réplique et la chose du véritable créateur, devenues indissociables, **se confondent**.

576. *Une imitation matérialisée.* La jurisprudence analyse donc une imitation matérialisée de la création et non une imitation personnelle du créateur, même si dans certains cas, le contrefacteur a imité l'auteur ou l'inventeur pour reproduire sa création. Le juge recherche si l'imitateur a produit une chose qui a l'apparence de l'original et non s'il a créé l'apparence d'être

lui-même à l'origine de la création. L'apparence de la réalité est donc appréciée en comparant la création et la reproduction illicite, et non relativement à la personne du créateur. Le **modèle du comportement sanctionné est donc bien ici une création**, même dans les cas où le contrefacteur a pris le créateur comme modèle pour reproduire sa création.

577. *L'appréciation de l'imitation de la création.* Lorsque l'imitateur reproduit la création sans innovation, l'appréciation de cette reproduction ne posera pas de réelles difficultés. En effet, que ce soit en droit d'auteur ou de brevet, il suffit de constater la reprise matérielle totale de la création protégée d'autrui sans aucune modification et sans autorisation. L'imitateur ne peut en aucun cas être considéré comme créateur car il est un **simple copieur**.

Certains indices de faits permettront de constater une telle imitation. En matière de droit d'auteur, dans un arrêt de la cour de Paris du 23 janvier 1998, les juges du fond ont ainsi constaté que l'imitateur avait reproduit les mêmes expressions personnelles mais surtout les erreurs commises par le créateur de l'œuvre originale¹¹⁰⁶. Ici l'imitateur donnait l'impression d'être à l'origine de la création, voire d'être le créateur, avec ses erreurs et expressions personnelles. Cette imitation personnelle ne peut que se déduire de l'imitation matérialisée de l'ouvrage. Ainsi, les juges se contentent-ils d'**apprécier la seule imitation-reproduction matérialisée, partielle ou totale, de la création**.

578. *La présomption de risque de méprise dans l'esprit du public.* Il est enseigné qu'en matière de contrefaçon d'œuvre ou de brevet, le risque de méprise dans l'esprit du public quant à l'origine de la création n'est pas une condition à la constitution de l'infraction¹¹⁰⁷. Néanmoins, d'après le concept d'imitation et dans la mesure où la création est reproduite de manière servile ou quasi-servile, ce risque existe nécessairement au regard d'une personne raisonnable. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public doit simplement être entendue comme **présumée de manière irréfragable**. L'imitateur crée **une confusion entre la création originale et la production contrefaisante**. Ainsi, son imitation est une apparence illusoire.

Cette présomption de risque de méprise dans l'esprit du public est d'ailleurs confirmée par des exceptions prévues par le législateur, qui ne sanctionne pas la reproduction d'une création dès lors qu'elle ne crée pas de risque de méprise dans l'esprit du public

¹¹⁰⁶CA Paris, 23 janvier 1998, D. 1999. Somm. 63, obs. C. COLOMBET.

¹¹⁰⁷Par ex. en matière de droit d'auteur, CA Paris, 14 mai 1990, RIDA 1990, p. 288.

b) Des exceptions à la sanction de contrefaçon : les reproductions et usages sans risque de méprise dans l'esprit du public

579. **L'usage privé et le risque de méprise.** Le législateur retient différentes exceptions à la sanction de l'imitation matérialisée. Par exemple, que ce soit en droit littéraire et artistique¹¹⁰⁸ ou industriel¹¹⁰⁹, l'individu qui reproduit la création d'autrui, à titre personnel, sans rechercher une exploitation économique quelconque ne commet pas d'infraction de contrefaçon. D'une part, il paraît difficile de contrôler les reproductions privées sauf à réaliser une intrusion dans la vie privée. D'autre part, il serait discutable de considérer qu'il existe une atteinte au droit du titulaire dans un cas de reproduction privée, sauf à considérer une éventuelle communication publique de la création après reproduction. Il nous semble que l'exception tenant à la copie privée s'explique non pas tant au regard de l'acte de reproduction mais plutôt quant à son usage qui ne présente pas, dans un cadre privé, de risque de causer une méprise dans l'esprit du public.

580. **La reproduction à usage personnel.** La reproduction d'une œuvre ou d'une invention brevetée à titre personnel échappe donc à la loi. Il ne s'agit en aucun cas d'un « droit à la copie privée »¹¹¹⁰. L'imitation doit être exécutée pour soi et non pour un tiers ou par un tiers¹¹¹¹. De plus, la source de la création première doit revêtir un caractère licite¹¹¹². Autrement dit, l'imitateur doit avoir obtenu la création véritable de manière légitime. Si tel n'est pas le cas, peu importe que la reproduction soit commise dans un cadre privé, son imitation est illicite. Par ailleurs, l'imitateur doit utiliser cette copie dans un cadre privé et pour son propre usage. Ainsi, ne saurait être une exception l'utilisation collective mais privée de la copie (peu importe qu'il existe un intérêt collectif), car elle serait susceptible de causer une méprise.

Enfin, l'acte de reproduction « ne doit pas représenter une forme d'exploitation

¹¹⁰⁸ Art. L. 122-5 C. prop. int. Nous remarquerons qu'en matière de droit d'auteur, la directive n° 2001/29 du 22 mai 2001 rend l'exception de copie privée facultative pour les législations nationales.

¹¹⁰⁹ Art. L. 613-5 C. prop. int.

¹¹¹⁰ V. sur ce point H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 238.

¹¹¹¹ V. par ex. Cass. crim., 4 janvier 1991, n° 87-81995, non publié au bulletin. « Attendu que pour écarter le moyen tiré par le prévenu des dispositions de l'article 41 de la loi du 11 mars 1957, les juges retiennent que, s'étant volontairement dessaisi, au profit de tiers, des copies de films réalisées par lui, A. en a perdu le contrôle, abandonnant ainsi à d'autres personnes la maîtrise de leur reproduction et ce en violation des droits des auteurs, quelles qu'aient été ses intentions ».

¹¹¹² Ajoutons que cette exception ne peut être invoquée pour la reproduction de logiciels et bases de données électroniques, selon les articles L. 122-5 2° et L. 122-6-1 II du Code de la propriété intellectuelle.

distincte »¹¹¹³. Le titulaire du droit d'exploitation ne peut en aucun cas interdire à un individu d'imiter une œuvre¹¹¹⁴ ou une invention brevetée, si celui-ci le fait sans rechercher de profit économique. Toutefois, il faut noter que l'absence de bénéfice de lucre est étrangère au bénéfice de cette limite. Dans ce sens, celui qui reproduit sans but de lucre mais hors cadre privé reste sanctionnable pour contrefaçon. Peu importe donc le caractère lucratif ou gratuit de la reproduction¹¹¹⁵ ou encore du changement de destination donnée à la reproduction¹¹¹⁶.

581. ***Une absence de risque de méprise.*** Malgré l'absence de consentement du titulaire du droit d'exploitation de la création, une reproduction et un usage privés ne risquent en aucun cas de créer une méprise dans l'esprit du public. Ce qui, *a contrario* semble indiquer que la reproduction parfaite de la création d'autrui est sanctionnée dès que l'on peut présumer un risque de confusion aux yeux du public. Et cette présomption semble dépendre, non pas tant de la reproduction, que de son usage. Ainsi, la qualification de reproduction parfaite de la création d'autrui est assez simple à établir mais il faut toutefois noter que les cas d'imitation sans innovation ne font pas l'objet de beaucoup de contentieux pénaux. En effet, l'imitateur cherchera la plupart du temps à dissimuler la contrefaçon en apportant à la reproduction des éléments différents par rapport à la création originale.

B. La copie imparfaite de la création : une imitation avec innovation de la création

582. On parle de copie imparfaite pour désigner l'imitation d'une création par la reprise de ses éléments essentiels, mais qui s'en détache malgré tout par certains points. D'après le concept d'imitation, les différences entre la création première et la création seconde peuvent être considérées comme des imperfections mais également comme des innovations.

Certes, en droit d'auteur ou de brevets, la reproduction avec innovation est sanctionnée par le législateur au même titre que la reproduction sans innovation. Toutefois, son appréciation en pratique pose davantage de difficultés. Voyons donc l'imitation constitutive d'une

¹¹¹³F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1157, p. 826.

¹¹¹⁴Selon l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre doit avoir été divulguée pour que l'exception puisse être invoquée. Les exceptions au monopole ne peuvent être opposables au titulaire des droits que pour autant que l'œuvre en cause a déjà été divulguée. V. à propos d'un article rendant compte de chansons avant leur première diffusion, la preuve de la divulgation ne pouvant résulter du simple constat de l'existence d'autres comptes rendus de presse. Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 1981, B. civ. n° 151, D. 1982. 65, note LINDON.

¹¹¹⁵V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 970, p. 717.

¹¹¹⁶F. POLLAUD-DULIAN, id., n° 971, p. 718.

reproduction imparfaite avec innovation en droit d'auteur (1) et en droit des brevets (2), puis les difficultés d'appréciation qui en découlent (3).

1) *L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur*

583. *L'imitation imparfaite avec innovation.* Il arrive parfois qu'un individu ne reprenne pas entièrement la création originale mais surtout qu'il y apporte quelques éléments d'innovation. Nous entendons ce dernier terme au sens étymologique. « Innovation » vient du latin *in* et *novare* qui signifient respectivement « dans » et « renouveler ». Ce qui signifie que la chose imitante **reprend en partie la création et s'y trouvent ajoutés des éléments nouveaux**. Un tel comportement est commis par le contrefacteur notamment pour « dissimuler son larcin et tromper les juges »¹¹¹⁷. La doctrine comme la jurisprudence parlent alors de « contrefaçon par imitation »¹¹¹⁸. Nous dirions plutôt, en considérant l'imitation d'un point de vue comportemental, que l'imitateur reproduit ici seulement une partie de l'œuvre mais imparfaitement et en lui apportant d'autres éléments.

Selon les juges, « en matière artistique, il peut y avoir contrefaçon même en dehors d'une copie quasi-servile ; ainsi, si un artiste a le droit de s'inspirer d'une idée et d'adapter un sujet déjà traité par un autre, il ne peut toutefois pas porter atteinte à ce qui caractérise l'expression particulière et originale que le premier artiste a donné à sa pensée »¹¹¹⁹. Autrement dit, de simples modifications apportées à une œuvre imitée ne permettent pas de rendre la copie licite. La Cour de Justice a d'ailleurs dans un arrêt du 16 juillet 2009 considéré, concernant la reprise partielle d'une œuvre, que « rien dans la directive n° 2001/29, ou dans une autre directive applicable en la matière, n'indique que ces parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière »¹¹²⁰.

584. *Une reproduction non servile. Reproduction sur un autre support.* DESBOIS précise que « la reproduction peut se faire dans une autre matière ou sous une autre forme que celle de

¹¹¹⁷V. sur ce point, Y. MARCELLIN, *Protection pénale de la propriété intellectuelle*, Paris : Cedat, 1996, p. 134.

¹¹¹⁸V. notamment M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.

¹¹¹⁹V. CA Rennes, 19 décembre 1963, Ann. propr. ind. 1968, 212. S'agissant de la reproduction de cartes représentant des têtes de corsaires.

¹¹²⁰CJCE, 16 juillet 2009, Infopaq International c/ Danske Dagblades Forening, aff. C-5/08, point 38.

l'original »¹¹²¹, sans pour autant disqualifier le comportement de contrefaçon. Par exemple, celui qui reproduit, sans autorisation, une sculpture de façade d'un homme en reprenant les formes du corps mais sur un support papier, au crayon reprend les caractéristiques de l'œuvre. La tridimension de la création n'est pas reproduite, mais la copie de la façade constitue une reproduction partielle et innovante de la création¹¹²². Le contrefacteur, même s'il reproduit une partie au moins de l'expression du créateur innove alors quant au support. Une telle reproduction, d'après nous, doit donc être comprise comme non servile.

585. ***Les moyens de la reproduction indifférents.*** Car peu importe le procédé utilisé pour la reproduction. L'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle donne une liste non exhaustive de moyens de reproduction tels que l'imprimerie, le dessin, la gravure, la photographie, le moulage, l'enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique, etc. **Constitue ainsi un acte de contrefaçon le fait de reproduire l'effort ou une partie de cet effort intellectuel de manière matérialisée.** Dans la mesure où le contrefacteur a reproduit sans autorisation les éléments essentiels de l'œuvre, son imitation est illicite. Et ce raisonnement se retrouve en matière de droit des brevets.

2) *L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit des brevets*

586. ***Moyens et résultat.*** L'imitateur d'une invention reproduit non seulement l'invention mais la modifie, ajoute des éléments innovants et nouveaux voire perfectionne la création première. Parfois, il se contente de reproduire le produit, sans pour autant utiliser le même procédé. Il apporte une innovation quant aux moyens, mais son comportement caractérise un acte de contrefaçon ; ou bien le procédé utilisé est le même mais l'innovation porte sur le résultat. Dans ce sens, si l'agent reproduit les procédés qui rempliraient la même fonction en vue d'un même résultat ou d'un résultat de même nature, tout en ayant des formes ou des structures différentes, l'acte peut constituer une imitation imparfaite avec innovation, qui est illicite car réalisée sans autorisation¹¹²³. On parle alors de « contrefaçon par équivalent », reconnue par la

¹¹²¹H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 237 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n°973, p.719.

¹¹²²CA Paris, 23 octobre 1990, JCP G, 1991, II, 21682, obs A. LUCAS, RIDA oct. 1991 p. 134 ; V. également CA Paris 19 juin 1979, Annales, 1981, p. 164, D, 1981, inf. rap. 83, obs. C. COLOMBET.

¹¹²³CA Paris, 1^{er} décembre 1992, PIBD 1993, 541, III, 220 ; V. également H. BARDHELE, *Théorie des équivalents et harmonisation du droit des brevets*, RDPI n° 49, 1993.

Convention sur le brevet européen¹¹²⁴.

587. **La reproduction de moyens combinés.** Par ailleurs, le brevet est parfois dit « de combinaison ». Pour que des moyens combinés soient brevetables, ils doivent présenter trois conditions : constituer un groupement de moyens coopérant entre eux ; le groupement devant produire un résultat commun ; le résultat obtenu devant être différent de la simple addition des résultats particuliers à chaque moyen, sachant que les tribunaux considèrent qu'il n'est pas nécessaire que chaque moyen cesse d'exercer sa fonction propre¹¹²⁵.

Or s'est posée la question de savoir si l'individu qui ne reproduisait pas toute l'invention, mais simplement une combinaison d'un ou de plusieurs moyens pouvait être puni de contrefaçon. Autrement dit, l'imitateur qui ne reprend qu'un moyen mais modifie son interférence avec d'autres, commet-il un acte illégal ?

Plusieurs décisions isolées ont admis la reproduction d'un seul moyen quand la revendication principale visait l'association de plusieurs moyens¹¹²⁶. Cependant, la doctrine y restait très hostile¹¹²⁷. Admettre que la contrefaçon puisse être caractérisée par une reproduction d'un seul moyen revenait à remettre en cause l'utilité de la revendication définissant l'objet et l'étendue du monopole. C'est pourquoi quelques décisions, par la suite, n'ont plus admis la contrefaçon partielle pour la reproduction d'un moyen qui n'avait pas été revendiqué indépendamment¹¹²⁸. Tout dépendra finalement de la revendication de chaque moyen. Ainsi, un individu peut licitement reproduire des moyens d'une invention non revendiqués de manière autonome¹¹²⁹. En revanche, si les moyens sont revendiqués de manière combinée, l'agent est punissable de contrefaçon partielle. Le professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN relève en ce sens que ne serait être un acte de contrefaçon, la reproduction de moyens combinés différemment, « sauf s'il ne s'agit que d'une variante d'exécution », ni même « si l'objet

¹¹²⁴V. Art. 2 du protocole interprétatif de l'article 69 CBE.

¹¹²⁵V. sur ce point C. LE STANC et P. VIGAND, *La contrefaçon partielle de brevet*, Mél. J.-J. BURST, Paris: Litec, 1997, p. 300.

¹¹²⁶V. Par ex. des décisions en faveur de la reproduction d'un seul moyen TGI Paris, 17 mars 1986, PIBD 1986, 394, III, 248 ; Cass. com., 28 avril 1987, JCP 1987, II, 15067, obs. crit. MARTIN.

¹¹²⁷V. notamment J.-P. MARTIN, *Contrefaçon de brevet, partielle ou à part entière ?*, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n° 40, 1989, 15592 ; J.-P. MARTIN, *Contrefaçon partielle de brevet d'invention. Propositions de règles d'appréciation de la contrefaçon*, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n° 39, 1991, 78 ; R. CHEVALIER, *Contrefaçon partielle, encore*, RDPI, 1989, n°26, p. 56 ; C. LE STANC et P. VIGAND, op. Cit., p. 296 ; A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n° 413.

¹¹²⁸CA Paris, 29 novembre 1995, PIBD 1996, 606, III, 111, obs. J. AZEMA, RTD com. 1996, 226 ; Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n° 01-14574, non publié au bulletin.

¹¹²⁹TGI Lyon, 27 février 1990, PIBD 1991, 497, III, 193.

reproduit les éléments couverts par une revendication dépendante mais pas ceux qui font l'objet de la revendication principale »¹¹³⁰.

En outre, Mme Pascale TREFIGNY précise justement qu'« il s'agit parfois de savoir s'il peut y avoir contrefaçon d'une revendication dépendante, en l'absence de reproduction de la revendication principale. Le problème est passablement obscur et constitue une broussaille du droit des brevets »¹¹³¹. Elles doivent être « appréciées comme des revendications indépendantes »¹¹³².

588. **Le possible perfectionnement.** Enfin, l'imitateur apporte parfois un réel perfectionnement à l'invention brevetée. « Encore faut-il que le prétendu contrefacteur ait bel et bien mis en œuvre les enseignements du brevet, faute de quoi il ne s'agit pas d'un perfectionnement »¹¹³³. Quoi qu'il en soit, le perfectionnement sans autorisation est une contrefaçon et une imitation illicite dans la mesure où l'imitateur reproduit la création d'autrui pour sa propre création¹¹³⁴, et cela même si cette dernière fait l'objet d'un brevet¹¹³⁵.

589. Le législateur réprime donc toutes formes de reproduction avec innovation en droit d'auteur et de brevet. Cela étant, l'appréciation de cette imitation paraît plus délicate que la reproduction totale dans la mesure où elle s'accompagne d'éventuels éléments innovants.

3) *L'appréciation de la copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur et de brevet*

590. **Une imitation-simulacre par reproduction.** L'imitation en matière de droit d'auteur et des brevets est constatée non pas par rapport aux moyens utilisés mais par rapport au résultat de l'imitation. C'est donc l'appréciation d'une imitation matérialisée qui doit être réalisée. Toutefois, dans une imitation avec innovation d'une œuvre ou d'un brevet, le contrefacteur reprend une partie de la création d'autrui en la reproduisant sans autorisation. Ce qui peut rendre

¹¹³⁰F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 765, p. 398.

¹¹³¹P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., n° 199, p. 147.

¹¹³²V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 766, p. 399, commentant Cass. com., 9 mars 1993, PIBD 1993, 547, III, 411.

¹¹³³F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 764, p. 397 commentant CA Paris, 13 juin 2007, PIBD 2007, 858, III, 531 ; V. également CA Paris, 21 septembre 2007, PIBD 2007, 863, III, 691.

¹¹³⁴Cass. com., 7 juin 1988, B. n° 190, p. 133.

¹¹³⁵TGI Paris, 27 mai 2003, PIBD 2003, 774, III, 539.

plus difficile son appréciation que celle d'une reproduction parfaite.

591. *Compréhension de l'imitation-simulacre par reproduction.* Parce que l'agent ne reprend que les « éléments essentiels » de l'oeuvre ou de l'invention, il ne commet pas une imitation-reproduction au sens strict. En ne reprennant que certains des éléments de la création d'autrui, il ne crée pas, *a priori*, une apparence parfaite de la création. Le contrefacteur commet donc une **imitation-simulacre**.

Cette imitation-simulacre consiste à reproduire des éléments protégés de la création originale. En reproduisant en partie seulement la création d'autrui, l'imitateur crée une **apparence de réalité**, étayée sur une certaine apparence de la réalité, en laissant penser que sa création est originelle. En d'autres termes, la ressemblance - donnant à sa production une apparence de création – s'appuie sur la reproduction de la réalité en certains éléments de la création première. L'imitateur crée une apparence fausse de réalité mais crédible, en s'appuyant sur la réalité. C'est pourquoi nous qualifions ce comportement d'**imitation-simulacre par reproduction**.

A la différence de ce que nous avons nommé « imitation-reproduction » d'une création, l'imitateur ici ne reproduit pas la création dans son ensemble, et fait de sa production litigieuse un simulacre de création.

592. *L'appréciation de l'imitation-simulacre par reproduction.* Que ce soit en droit d'auteur ou en droit des brevets, le législateur n'a pas prévu expressément la démarche à suivre en cas de reproduction avec innovation. Au fur et à mesure des litiges, les juges se sont forgés une méthode d'appréciation de la reproduction imparfaite avec innovation en matière d'œuvre et de brevet. Ainsi, à plusieurs reprises a été rappelé que « pour apprécier l'existence de la contrefaçon, le juge doit se fonder sur les ressemblances et non sur les différences »¹¹³⁶. Nous allons voir ici que cette solution semble considérer que l'imitation-simulacre créée est appréciée comme une imitation-reproduction du fait de la reproduction des éléments essentiels de la création première (a).

L'analyse de **l'imitation-simulacre par reproduction** n'est pas sans poser quelques difficultés dans la mesure où l'imitateur devient lui-même, parfois, un créateur, notamment s'il

¹¹³⁶V. en droit d'auteur Cass. crim., 16 juin 1955, D. 1955. 554 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 1988, RIDA 1988, p. 297 ; Cass. com., 18 octobre 1994, RDPI 1996, n°64, p. 59 ; V. en droit des brevets Cass. 25 mai 1897, « Plygreffe », Annales, 1897, p. 332 ; Cass. crim., 11 janvier 1901, annales 1903, p. 248 ; Cass. com., 5 mai 1971, annales, 1971, p. 102 ; CA Paris, 21 février 1986, RDPI, 1986, n°4, p. 27.

a fait preuve de suffisamment d'innovations (b).

a) *L'imitateur non créateur : la contrefaçon qualifiée par la reprise des éléments essentiels de la création*

593. L'imitation-simulacre par reproduction sera appréciée selon les reprises touchant les éléments essentiels de la création (α). Il est traditionnel de considérer que l'imitation d'une création n'est pas appréciée selon l'aptitude de la reproduction à causer une méprise dans l'esprit du public. La démarche opérée par les juges nous semble démontrer que ce risque est simplement présumé de manière irréfragable (β).

α) L'appréciation de l'imitation-simulacre par reproduction

594. ***L'appréciation des reproductions plutôt que des ressemblances.*** Par principe, les juges doivent rechercher le degré de ressemblance entre création originale et création copie et non les dissemblances (ou innovations). Ainsi, « la contrefaçon existe dès l'instant que l'œuvre originale a été copiée [...] peu importe que l'œuvre contrefaisante présente des différences avec celle contrefaite »¹¹³⁷. Il est trop facile, en effet, d'ajouter quelques éléments à une création préexistante, « l'existence de différences n'ayant souvent pour but que de masquer l'intention de fraude »¹¹³⁸. L'appréciation ici doit être faite par la comparaison analytique entre les deux créations. Ainsi, peu importe les différences, peu importe que l'imitateur ait ajouté des éléments nouveaux¹¹³⁹.

Si les juges parlent de « ressemblances », il s'agit de fait d'une reproduction de certains éléments essentiels de la création d'autrui qui donnent à l'ensemble un caractère ressemblant. Plus précisément ils devront apprécier l'existence de reprises ou reproductions d'éléments de la création première. Tel est le cas par exemple d'une reproduction tenant au « choix du sujet, composition et développement des scènes » pour une œuvre, ou des éléments composant l'invention.

L'imitation-simulacre par reproduction est alors appréciée comme une imitation-reproduction, à la condition que l'imitateur reprenne des éléments suffisants pour

¹¹³⁷CA Paris, 25 janvier 1968, RIDA 1968, p. 174.

¹¹³⁸T. corr. Mâcon, 14 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963, 1, 107.

¹¹³⁹CA Paris, 18 février 2005, Gaz Pal 2006, somm. p. 586, note A. Le TARNEC.

pouvoir créer une apparence d'ensemble ressemblant à la création.

595. *Les deux approches pour l'appréciation.* Une telle appréciation de l'imitation- simulacre par reproduction avec innovation diffère alors selon le genre de création présentée devant le juge. En matière de droit d'auteur, M. André R. BERTRAND relève deux approches distinctes selon l'œuvre reproduite. D'abord, concernant les œuvres littéraires et des beaux-arts, l'approche est plutôt subjective et la contrefaçon peut être considérée comme un « vol de [...] personnalité » et est caractérisée lorsque l'emprunt est attribuable immédiatement à son véritable créateur¹¹⁴⁰. Concernant en revanche, les œuvres d'arts appliqués, l'approche est plus objective, les juges analysant l'emprunt, recherchant s'il correspond à un élément essentiel de la création, ou s'il relève du domaine public¹¹⁴¹.

La démarche est également objective en matière des brevets puisque la reproduction est nécessairement appréciée à partir des revendications faites par le breveté.

Il faudra donc, pour constater l'existence d'une contrefaçon, partir de l'œuvre ou des revendications du brevet puis observer les reproductions¹¹⁴².

596. *L'appréciation des reproductions portant sur les éléments essentiels de la création.* Il y a donc des catégories de créations plus délicates à cerner, notamment en matière d'œuvre littéraire et artistique. Se contenter d'apprécier les ressemblances pourrait entraîner une qualification automatique de la contrefaçon¹¹⁴³. MM. les Professeurs Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE précisent justement dans ce sens qu'il ne faut pas oublier que le « principe [selon lequel seules les reproductions doivent être appréciées] n'est jamais qu'un guide général d'appréciation et le juge fait preuve de grande souplesse dans son maniement »¹¹⁴⁴.

C'est pourquoi les juges du fond doivent rechercher les reproductions qui tiennent au domaine public, aux exceptions légales ainsi qu'aux caractéristiques essentielles de la création. Et si leur appréciation est souveraine¹¹⁴⁵, la Cour de cassation se réserve un pouvoir de contrôle de l'existence même de la recherche et du domaine des reprises par l'imitateur¹¹⁴⁶. C'est ainsi

¹¹⁴⁰ On peut y percevoir indirectement dans cette approche subjective, une certaine recherche d'imitation personnelle, la création étant le reflet de la personnalité du créateur.

¹¹⁴¹ A. R. BERTRAND, *Droits de l'auteur*, Chapitre 106, Dalloz action, 2010, n° 116.14.

¹¹⁴² V. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, Partie générale*, Paris : Editions du Recueil Sirey, T. 1, 1952, n° 78 et s, qui parlent toutefois de ressemblances et non de reproductions.

¹¹⁴³ V. sur ce point André R. BERTRAND, *Droits de l'auteur*, op. cit., n° 116.14.

¹¹⁴⁴ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 1065, p. 924.

¹¹⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 décembre 1997, B. n° 346.

¹¹⁴⁶ Par ex. Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, GAPI, 1^{ère} éd., n° 30, D. 1992. 182, note GAUTIER, Légipresse 1992,

qu'en droit d'auteur, la Haute cour dans un arrêt du 5 juillet 2006, a rappelé que les juges du fond ne devaient pas se contenter de relever une simple ressemblance frappante et incontestable entre deux œuvres. Il a été jugé qu'« en se déterminant par voie de simple affirmation, alors que les idées étant de libre parcours il lui appartenait, après avoir procédé à une description fût-elle sommaire des deux scénarios en cause, de préciser, de façon concrète, quelles caractéristiques de forme originale dans la conception des deux œuvres et de leurs personnages ainsi que dans le développement de l'action, étaient semblables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »¹¹⁴⁷. La recherche sommaire des ressemblances entre deux créations ne suffit pas à constater l'imitation¹¹⁴⁸. Car malgré des ressemblances, si l'imitateur n'a pas **reproduit** les éléments essentiels de la création, il n'y a pas contrefaçon¹¹⁴⁹. C'est donc bien une appréciation de la reproduction d'éléments qui permet de qualifier l'imitation-simulacre par reproduction.

Un tel raisonnement se retrouve également en droit des brevets pour lequel la contrefaçon est caractérisée lorsque la reproduction touche des éléments essentiels du brevet¹¹⁵⁰. C'est dans ce sens que la cour de Paris dans un arrêt du 14 avril 2015 a caractérisé la contrefaçon d'un dispositif d'essuie-glace en constatant que la reproduction concernait un élément essentiel compris dans la revendication¹¹⁵¹.

Parce qu'il y a reproduction de la création, même par simulacre, on comprend que le risque de confusion créée par l'imitateur dans l'esprit du public soit présumé de manière irréfragable.

β) La présomption irréfragable du risque de méprise dans l'esprit du public

597. ***L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.*** Au regard du concept d'imitation, comme toute imitation-simulacre, *a priori*, il faudrait rechercher le risque de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public. La Cour de cassation ne manque pas de rappeler que « l'existence d'un risque de [méprise] est indifférente à la caractérisation de la

n° 97-111, p. 143; RIDA 1992, p. 196. « L'existence d'un risque de confusion entre les œuvres en cause est indifférente dans l'appréciation de la contrefaçon ».

¹¹⁴⁷Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2006, n° 04-16.687, Comm. com. électr., 2007, comm 19, obs C. CARON.

¹¹⁴⁸CA Paris, 9 mars 1964, Ann. propr. Ind. 1965. 240 ; CA Versailles, 13 mai 1980, RIDA 1980, p. 171 ; CA Paris, 14 février 1990, RIDA 1990, p. 357.

¹¹⁴⁹Par ex. en droit d'auteur, CA Paris, 19 novembre 1985, p. 155 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, GAPI, 1^{ère} éd., n° 30, D. 1992. 182, note GAUTIER.

¹¹⁵⁰Par ex. Cass. com., 19 février 1991, PIBD, 1991, n° 504, III, 430, annales 1992, p. 204 ; Cass. com., 3 juin 2003, PIBD 2003, 771, III, 437.

¹¹⁵¹CA Paris, 14 avril 2015, n° 13/15800.

contrefaçon », en droit d'auteur¹¹⁵² mais également en droit des brevets¹¹⁵³. Le législateur protège ici l'effort intellectuel et non la fausse croyance en la réalité par le public.

Toutefois, le risque de méprise, même minime, causé dans l'esprit du public n'est pas inexistant, si l'on considère le possible risque de confusion entre œuvre première et seconde. En effet, s'il y a des reproductions, et surtout des éléments semblables, il existe nécessairement une potentialité de méprise quant à l'originalité de ces éléments, qui doit être présumée de manière irréfragable. D'ailleurs, on retrouve dans le contentieux en matière de contrefaçon, des juges du fond qui ont, au-delà du constat des reprises par l'imitateur, évoqué un tel risque pour conforter l'imitation imparfaite de la création¹¹⁵⁴, même si ce motif est considéré comme surabondant¹¹⁵⁵. Considérer que l'imitation porte en elle une potentialité de méprise, signifie que le défendeur ne peut en aucun cas se défendre en tentant de démontrer l'absence de ce risque¹¹⁵⁶.

598. *La protection de l'effort intellectuel.* Le professeur DREYER relève que « le législateur ne fait pas de ce risque de confusion le résultat de l'infraction de contrefaçon dans la mesure où celle-ci est perçue comme une **atteinte aux droits d'auteur et non comme une atteinte à la confiance publique** »¹¹⁵⁷.

Il ne s'agit pas de remettre en cause cette juste affirmation. Nous ajoutons que l'aptitude de l'imitation à causer une confusion et une méprise dans l'esprit du public est

¹¹⁵²Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2015, Propr. intell. 2015, n° 56, p. 298, obs. BRUGUIERE.

¹¹⁵³ Les juges considèrent que la « même impression d'ensemble » ne constitue pas une condition à la caractérisation de la contrefaçon. Cette impression d'ensemble renvoie fortement au risque de méprise créé dans l'esprit du public. Il est alors possible de faire un parallèle avec le droit des dessins et modèles. En cas de reproduction de ces derniers, avec innovation, l'article L. 513-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit expressément que les juges devront vérifier « l'impression visuelle d'ensemble » entre original et copie, rappelant ainsi l'article L. 511-4 du même code. Il s'agira alors pour eux d'apprécier l'impression « dégagée par le dessin ou le modèle protégé et par celui qui est incriminé, en faisant abstraction des éléments du dessin ou du modèle qui ne sont pas protégés (par référence aux reproductions du dépôt) ou qui ne sont pas protégeables » produit chez un observateur averti, ainsi que de définir la liberté du créateur du dessin ou modèle argué de contrefaçon. Les juges devront donc « procéder à la comparaison de l'impression visuelle d'ensemble entre création et copie » (A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n° 1306, p. 738), sans analyser un à un les éléments (V. notamment CA Paris, 27 septembre 2007, D. 2007, Pan. 2064 obs. GALLOUX, PIBD 2006, 840, III, 748.). L'appréciation de cette « impression d'ensemble » se rapproche alors de la recherche de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.

¹¹⁵⁴ Par ex. CA Paris, 14 mai 1990, RIDA 1990, p. 288 ; CA Paris, 13 mai 1986, RIDA 1988, p. 155 ; TGI Nanterre, 16 mars 1994, RIDA 1994, p. 484 ; TGI Aix-en-Provence, 21 février 1985, RIDA 1985, p. 157.

¹¹⁵⁵ V. sur ce point E. DREYER, *Procédures et sanctions – Contrefaçon, Eléments constitutifs*, CPI art. L. 121-1 à L. 123-12 et L. 331-1 à L. 336-4, J.-Cl. Civil Annexes, 2015, fasc. 1610, n° 8.

¹¹⁵⁶ En matière de concurrence déloyale, les juges devront effectivement analyser l'aptitude de l'imitation à causer une telle confusion.

¹¹⁵⁷ E. DREYER, *Procédures et sanctions – Contrefaçon, Eléments constitutifs*, op. cit., n° 8 ; V. également V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 1999, n° 333, p. 270 ; Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., p. 344 et s.

inhérente à l'imitation dans la mesure où l'imitateur reprend des éléments essentiels de la création. L'imitateur crée l'apparence illusoire que l'œuvre entière est originale, portant une atteinte aux droits du créateur. Il est inutile d'apprécier s'il est possible de combattre cette illusion par la recherche d'un risque de méprise ou non dans l'esprit du public ; la seule existence de cette imitation suffit à justifier la sanction de la contrefaçon.

599. Parfois, le seul raisonnement de la comparaison des éléments de l'œuvre et de l'imitation n'est pas toujours satisfaisant et l'appréciation des éléments essentiels nécessitera une mise en balance des ressemblances et des dissemblances¹¹⁵⁸. Car l'imitateur, même en ayant pris pour modèle la création d'autrui, est devenu lui-même créateur. Cette démarche se comprend dans la mesure où s'il était sanctionné systématiquement, les droits de la propriété intellectuelle seraient des censeurs de la création¹¹⁵⁹.

b) L'imitateur-créateur : la contrefaçon qualifiée selon le rapport entre les ressemblances et les dissemblances

600. **Un imitateur-créateur.** Il y a contrefaçon en particulier lorsque l'imitateur a apporté des différences pouvant démontrer une volonté d'échapper à la loi pénale et non celle de créer une œuvre nouvelle¹¹⁶⁰. Toutefois, certaines imitations deviennent elles-mêmes des créations et trouvent leur originalité en ce qu'elles portent une innovation leur permettant de se démarquer.

601. **Parodie, pastiche et caricature.** Une reproduction d'éléments d'une création est prévue par l'article L. 122-5 4° du Code de la propriété intellectuelle car elle est considérée comme

¹¹⁵⁸X. DAVERAT, *Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 1995, 3827, n° 8. Pour l'auteur, « d'un côté, [notre position] n'est en fin de compte pas si hérétique qu'il y paraît. Il ne s'agit, dans une perception globale, que de tenir compte de l'esprit d'une œuvre suspectée de contrefaçon. [...] D'un autre côté, notre proposition permet d'envisager un avenir pour les critères d'appréciation de la contrefaçon en assurant la pérennité du système. En accueillant les différences en quelque sorte comme "critère stabilisateur", on s'assure qu'il puisse encore y avoir contrefaçon même quand nombre d'éléments plus précis (et pas seulement les traditionnelles situations banales, telle l'intrigue sentimentale en trio) se retrouvent d'une création à l'autre : il faut que les différences soient assez prégnantes pour emporter la conviction des juges, qu'elles relèguent les ressemblances au rang d'instruments de la création, ne déterminant pas la spécificité de l'œuvre seconde. C'est une voie sage dans laquelle s'engager pour l'avenir ».

¹¹⁵⁹On peut d'ailleurs sur ce point faire un parallèle avec M. G. POLTI qui rapporte qu'il n'existerait que 36 situations dramatiques, pour tout type de scénario (G. POLTI, *Les 36 situations dramatiques*, Paris : Nouveau monde éd., 2006 (1^{ère} éd. 1924). C'est dire la difficulté de ne pas retrouver des ressemblances entre les différentes œuvres.

¹¹⁶⁰CA Rennes, 19 décembre 1963, Ann. propr. ind. 1968. 212.

une œuvre originale. Il s'agit de la parodie, du pastiche et de la caricature que DESBOIS distinguait en fonction du genre. Ainsi, la parodie renvoie-t-elle à la musique, le pastiche à la littérature et la caricature au graphisme¹¹⁶¹.

Les juges sont intervenus à plusieurs reprises pour définir ces trois notions. La caricature est une « accentuation des détails »¹¹⁶², la parodie un « travestissement burlesque »¹¹⁶³ et le pastiche une « imitation de manière et de style »¹¹⁶⁴. Plus précisément, pour la Cour de cassation, la parodie se distingue du pastiche dans la mesure où elle permet « l'identification immédiate de l'œuvre parodiée », alors que le pastiche poursuit davantage l'objectif de « se moquer d'un personnage par l'intermédiaire de l'œuvre caricaturée dont il est l'auteur »¹¹⁶⁵.

Imitation-simulacre par reproduction assumée et annoncée. On le comprend ici, celui qui parodie, pastiche ou caricature est nécessairement amené à reprendre des éléments d'une œuvre existante. Toutefois, la « parodie », au sens générique du terme¹¹⁶⁶, trouve un but particulier que nous pourrions qualifier d'**imitation-simulacre par reproduction** assumée et annoncée. En effet, l'élément matériel¹¹⁶⁷ de la parodie correspond à la reproduction de certains éléments essentiels de l'œuvre d'autrui. En ce sens, il est possible de considérer le parodiste d'imitateur.

Néanmoins, ce dernier apporte suffisamment d'éléments innovants, fondés sur la liberté d'expression¹¹⁶⁸ pour que l'on puisse le considérer comme créateur à part entière s'inspirant des créateurs ou créations premières¹¹⁶⁹. Ainsi sa reproduction est-elle un simulacre.

Par ailleurs, d'un point de vue intentionnel, son comportement doit être commandé par

¹¹⁶¹H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique, op. cit., n° 254.

¹¹⁶²CA Paris, 14 février 1980, D. 1981, somm. p. 86, obs. C. COLOMBET ; V. également CJUE, 3 septembre 2014, Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen et co., aff. C-201/13, points 14 à 16, la parodie figurant à l'article 5, § 3, sous k) de la directive 2001/29 constitue une « notion autonome du droit de l'Union » et doit être interprétée « de manière uniforme sur le territoire de cette dernière ».

¹¹⁶³TGI Paris, 19 janvier 1977, RIDA 1977, p. 167 ; CA Paris, 27 novembre 1990, D. 1991, inf. rap. p. 35.

¹¹⁶⁴CA Versailles, 17 mars 1994, RIDA 1995, p. 350.

¹¹⁶⁵Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1988, B. civ. n° 5, D. 1988. Somm. 207, obs. C. COLOMBET.

¹¹⁶⁶Notion comprenant la parodie, le pastiche et la caricature.

¹¹⁶⁷V. notamment M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, n° 619, p. 511, qui développent les éléments intentionnel et matériel de la parodie.

¹¹⁶⁸V. sur ce point, N. MALLET-POUJOL, *De la liberté de la caricature*, L'Égipresse 2006, n° 229, I, p. 37.

¹¹⁶⁹Le caricaturiste trouve la raison de sa propre œuvre dans celle d'un autre, l'assume et l'annonce.

le rire¹¹⁷⁰. L'imitateur ne doit pas rechercher le lucre et agir dans l'intention de nuire¹¹⁷¹. Il assume et annonce que sa création est inspirée de celle d'un autre¹¹⁷², de façon plus ou moins flagrante, selon qu'il s'agisse d'un pastiche, d'une caricature ou d'une parodie au sens jurisprudentielle.

La mention de l'origine de la première œuvre n'est pas exigée par le texte. On comprend que le caractère licite ou illicite de cette exception à la reproduction ne s'explique pas tant par la reproduction d'éléments essentiels de l'œuvre originelle que par le risque de méprise causé dans l'esprit du public. Peuvent effectivement exister quelques emprunts d'éléments de l'œuvre originale mais cette évocation ne saurait être **entièrement confondue** avec la seconde¹¹⁷³ pouvant causer une méprise chez un public observateur. Autrement dit, l'imitateur ne doit pas s'approprier l'œuvre d'autrui et doit permettre une distanciation suffisante entre les deux créateurs.

Parce que la parodie, le pastiche et la caricature ne sont pas sans limites, les juges auront à vérifier si l'imitateur n'a pas dépassé les lois du genre en abusant de la liberté d'expression. Ils auront à constater les usages actuels procédés en la matière.

Parfois, en dehors de cette exception, il arrive qu'un individu imite une œuvre ; et que les juges constatent une originalité ne permettant pas la caractérisation d'une contrefaçon.

602. **La mise en balance des ressemblances et des dissemblances.** Dans un arrêt du 4 février 1992, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour de Paris en lui reprochant de s'être fondée

¹¹⁷⁰ E. DREYER, *Procédures et sanctions – Contrefaçon, Eléments constitutifs*, op. cit., n° 93. Pour l'auteur, « la part de subjectivité est alors importante ». En effet, il arrive que la reproduction même humoristique ne suffise pas à qualifier la parodie ou le pastiche. L'humour n'excuse en rien les grossièretés (V. par ex. CA Paris, 25 octobre 1990, D. 1992, somm. p. 14, obs. C. COLOMBET) ni la pornographie (Par ex. CA Versailles, 6 novembre 1998, RIDA juill. 1999, p. 314 ; V. également CJUE, Gde ch., 3 septembre 2014, Deckmyn et a. c/ Vandestein, aff. C-201/13, point 33 : « la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie »).

¹¹⁷¹ V. TGI Paris, 3 janvier 1978, D. 1979, jurispr. p. 99, note H. DESBOIS, s'agissant de l'absence de dénigrement.

¹¹⁷² Parallèle possible à faire, A. MALRAUX, *Saturne : le destin, l'art et Goya*, Paris : Gallimard, 1978, qui exprime bien l'idée de ne pas recopier la nature mais le processus de la nature. Autrement dit, l'artiste, l'auteur trouve le nerf créateur pour en faire œuvre. Surtout notamment en prenant l'exemple de Goya, MALRAUX considère que l'œuvre est moins de plaire que d'émouvoir. Se trouve le vieux problème de la création esthétique.

¹¹⁷³ Il existe nécessairement une confusion en ce que la seconde œuvre reproduit une partie de l'œuvre première mais l'inscrit dans un autre contexte. Ce contexte doit alors permettre suffisamment un dédoublement des deux œuvres. V. CA Paris, 11 mai 1993, RIDA 1993, p. 340, soulignant que « tout en permettant l'identification immédiate de l'œuvre parodiée par la reproduction de sa phrase titre "Les feuilles mortes se ramassent à la pelle" et par la mention "d'après Prévert" apposée à la suite de sa signature, Jacques Faizant en retourne totalement le sens pour en faire, de manière humoristique, un hommage à la mémoire de son interprète, écartant ainsi tout risque de confusion ».

sur des éléments généraux ; alors qu'aurait du être « rechercher [...] si, par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues d'« Autant en emporte le vent » et de « La bicyclette bleue », qui décrivent et mettent en œuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elles sont la reprise¹¹⁷⁴ ».

Les juges du fond n'ont pas à apprécier les dissemblances mais bien les reproductions de l'œuvre première. Pourtant, la cour de renvoi de Versailles¹¹⁷⁵ a mis en balance les ressemblances et les dissemblances entre les deux œuvres. Et elle a écarté la contrefaçon en considérant que « dans "La bicyclette bleue" les personnages, rapports, scènes et situations [...] s'apparentent, sous les aspects physiques, psychologiques, sociologiques ou événementiels [...] à ceux d'"Autant en emporte le vent", mais la première œuvre est une « fresque historique ayant pour sujet la première partie de la Seconde Guerre mondiale et ses implications sur la vie, le comportement et les mentalités des Français, [ce qui] confère aux personnages, certes présentés de façon comparable à ceux d'"Autant en emporte le vent", un statut et un rôle originaux, tissés de connotations spécifiques et liés aux événements traversés dont ils constituent l'écho, la projection ou le vécu ; que s'ensuit une analyse de caractères qui ne peut être tenue pour inspirée de celle rencontrée dans « Autant en emporte le vent », laquelle est pétrie du contexte imposé aux personnages de ce roman par la société sudiste et par les enjeux et valeurs en cause dans la guerre de Sécession ». Les juges ont ajouté enfin que les « pulsions humaines, amoureuses et autres, entretiennent un rapport dialectique avec les événements ou cataclysmes qui les transcendent ».

Cette solution montre la recherche d'éléments originaux apportés par le deuxième auteur. A ce titre, M. le Professeur Xavier DAVERAT relève justement qu'il ne s'agit pas « de renverser le sens des investigations en débutant par la recherche des différences mais au contraire de mettre en balance l'énoncé premier des points de ressemblances avec la recherche des différences. Il faut juger si les différences, soit qu'elles ne sont pas que de détail, soit qu'elles sont tellement nombreuses, l'emportent sur les ressemblances préalablement relevées pour exclure la contrefaçon »¹¹⁷⁶. Les juges du fond n'avaient pas à apprécier les

¹¹⁷⁴Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, JCP G 1992, II, 21930, note X. DAVERAT, D. 1992, p. 182, note P. -Y. GAUTIER.

¹¹⁷⁵CA Versailles, 15 décembre 1993, RIDA n° 160, p. 255.

¹¹⁷⁶X. DAVERAT, *Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques*, op. cit., n° 8. Mais pour le Professeur Emmanuel Dreyer, « cette technique de « mise en balance » semble faire fi de l'incrimination de la contrefaçon partielle qui s'applique aux passages empruntés qu'ils soient essentiels ou

dissemblances mais bien les reproductions de l'œuvre première¹¹⁷⁷. Une telle analyse s'apparente alors à la recherche d'un éventuel risque de méprise dans l'esprit du public.

En effet, si les **innovations dépassent les reprises effectuées par l'imitateur**, l'imitation ne démontre pas **d'aptitude à causer une méprise**. L'œuvre première garde son originalité, au même titre que la seconde. Le deuxième auteur a réussi à laisser l'empreinte de sa personnalité.

Ainsi pouvons-nous comprendre que l'imitateur peut, certes, avoir repris quelques éléments de la création d'autrui ; mais il ne sera pas sanctionné si sa modification est suffisamment innovante pour que l'on puisse le considérer comme un créateur lui-même, sans qu'aucune confusion ni méprise ne risque d'être créée dans l'esprit du public. Toutefois, les juges se montrent prudents puisque la reproduction relevait de l'ordre des idées ; la contrefaçon ne pouvait pas être qualifiée.

603. ***Le plagiat : une imitation-simulacre au sens strict non sanctionnée.*** Une telle analyse de l'imitation reprenant des choses inappropriables renvoie alors plutôt à une imitation- simulacre au sens strict. L'individu, bien qu'inspiré¹¹⁷⁸, se contente de reprendre des idées, dont il est difficile de montrer qu'elles ont été la réalité d'un autre. L'argument inverse empêcherait toute nouvelle création, inspirée par d'autres ; c'est bien la reproduction d'éléments essentiels de l'œuvre qui permet de qualifier la contrefaçon et non les éléments considérés comme importants par l'auteur¹¹⁷⁹.

Comme le relève justement M. André R. BERTRAND, « à l'évidence il ne peut y avoir contrefaçon sans ressemblances, pour ne pas dire même sans identités, puisque ce que la loi sanctionne c'est "la reproduction illicite", néanmoins l'existence d'un certain nombre de

accessoires dans l'œuvre seconde » (E. DREYER, *Procédures et sanctions – Contrefaçon, Éléments constitutifs*, op. cit., n° 23). Cela étant, il nous semble nécessaire de faire une distinction entre l'imitateur qui aura reproduit servilement mais partiellement la création – dont on n'appréciera seulement la reproduction parfaite – et l'imitateur qui l'aura copiée en lui apportant de réelles innovations, comme c'était le cas dans l'affaire de « La bicyclette bleue », permettant ainsi d'éviter de confondre comparaison et rapprochement orienté.

¹¹⁷⁷La Cour de Paris avait relevé que si les deux ouvrages « ont incontestablement pour point de départ une « anecdote » identique, la situation banale qui y est décrite n'est pas susceptible d'appropriation », « le thème d'une jeune fille qui « se jette à la tête » d'un garçon qui lui en préfère une autre, alors qu'elle est elle-même aimée d'un homme plus âgé, est totalement dépourvu d'originalité ». Par ailleurs, la Cour avait considéré des différences entre les œuvres au regard de leur conception générale, leur esprit, leur style ainsi que l'évolution de leur action. (CA Paris, 21 novembre 1990, D. 1991, p. 85, note P.-Y. GAUTIER).

¹¹⁷⁸On peut noter d'ailleurs que l'auteur de « La bicyclette bleue » déclare dans les premières pages de son roman qu'elle s'est inspiré de l'auteur de « Autant en emporte le vent ».

¹¹⁷⁹Voire par ses héritiers. Dans l'affaire « La bicyclette bleue », ce sont les héritiers de l'auteur qui ont assigné l'auteur de l'œuvre seconde. Il est possible de considérer que les éléments essentiels de « Autant en emporte le vent » étaient importants pour les héritiers sans caractériser essentiellement l'œuvre.

ressemblances n'est pas suffisante pour caractériser la contrefaçon dès lors que malgré celles-ci l'œuvre arguée de contrefaçon est différente, et présente sa propre originalité »¹¹⁸⁰. En revanche, lorsque l'œuvre s'inspire d'une autre œuvre sans la reproduire, « on se situe [...] dans ce que les juristes qualifient de “ plagiat ”, [...] sans pour autant mériter les foudres de la justice »¹¹⁸¹.

L' « imitateur-plagiaire » ne crée *stricto sensu* aucune apparence de la réalité mais une apparence de réalité (par évocation) et n'est pas sanctionné par le droit. Une telle imitation n'est donc pas illicite, bien que parfois regrettable moralement. S'inspirer d'une idée n'est pas punie par le droit car difficilement prouvable et parce que fondamentalement l'idée reste de libre parcours.

604. ***Pour conclure sur l'acte d'imitation dans la contrefaçon de création.*** Ainsi, seule l'imitation-reproduction et l'imitation-simulacre par reproduction sont sanctionnées. Par principe, malgré leurs qualifications divergentes, elles sont toutes les deux appréciées identiquement, au regard des reproductions, parfois avec la totalité de la chose imitée, parfois au regard des seuls éléments essentiels de la création. L'imitateur crée ainsi toujours une apparence de la réalité, si partielle soit-elle, dont le risque de méprise causée dans l'esprit du public est à présumer de manière irréfragable, à moins qu'il ait suffisamment insufflé sa propre créativité pour devenir lui-même un créateur nouveau.

Au côté de l'acte matériel, une intention d'imitation doit être recherché.

Paragraphe 3. L'intention de l'imitateur liée à la représentation de la création

605. ***La reproduction fortuite.*** L'analyse de l'intention du comportement permet de s'assurer que la reproduction entre deux créations - l'une étant antérieure à l'autre et protégée - n'est pas que fortuite. Pour parler d'imitation, l'agent doit s'être représenté un modèle : le créateur, ou la création d'autrui. Cependant, la représentation du créateur est secondaire en matière de droit d'auteur et de brevet puisque, comme nous l'avons analysé, la constatation de la seule imitation matérialisée est suffisante. Le contrefacteur n'a pas à connaître le créateur, ni même à se le représenter. La création originale est le modèle concret de l'imitation et pour vérifier la représentation de ce modèle dans l'esprit de l'imitateur, le juge pénal doit simplement vérifier

¹¹⁸⁰A. R. BERTRAND, op. cit., n° 116.14.

¹¹⁸¹Ibid.

l'existence d'une production protégée par le droit de la propriété intellectuelle – et donc d'un effort intellectualisé. Autrement dit, lorsque l'acte de contrefaçon est la reproduction d'une création, il s'agit d'un comportement d'imitation dont il revient aux juges du fond de constater le critère tenant à l'existence d'une représentation du modèle – ici la création d'autrui – dans l'esprit de l'imitateur.

Dans les faits, le simple accès à la création suffit à présumer cette représentation. D'une part, à partir du moment où il y a dépôt d'un brevet, tout individu est censé connaître l'existence de la création et celle d'un créateur. D'autre part, en dehors d'un tel dépôt, et notamment en matière d'œuvre littéraire ou artistique, l'accès, et donc la connaissance du modèle, sera présumé à partir du moment où la création a été divulguée. Par conséquent, si aucune divulgation n'a été effectuée, il appartiendra au demandeur d'établir la connaissance de l'œuvre antérieure par le prétendu contrefacteur¹¹⁸².

S'il est établi que le contrefacteur pouvait se représenter la création, soit de manière présumée soit éventuellement par preuve, il en découle que son comportement est intentionnel, démontrant la volonté d'imiter la création d'autrui. C'est pourquoi, en matière de droit d'auteur et de brevet, l'intention est présumée (A), quitte à l'imitateur de tenter de prouver qu'il était de bonne foi (B).

A. L'intention présumée de l'imitateur déduite de la représentation de la création-modèle

606. *Une présomption de l'intention de l'imitateur.* Le juriste commence par présumer la liberté¹¹⁸³. Que ce soit en droits d'auteur ou de brevet, l'intention en matière de contrefaçon est à apprécier différemment selon que l'action est pénale ou civile. En effet, en civil, le délit est « matériel » : l'atteinte au droit privatif suffisant à constater l'infraction, peu importe la bonne ou mauvaise foi du contrefacteur¹¹⁸⁴ et, par principe, les juges n'ont pas à analyser l'intentionnalité de l'acte. En pénal, en revanche, comme tous délits, la contrefaçon doit nécessairement être intentionnelle¹¹⁸⁵, car le délit suppose par principe une intention coupable¹¹⁸⁶. En recherchant seulement l'existence d'une chose protégée pour constater la

¹¹⁸²V. par ex. CA Paris, 30 janvier 2008, Mestiri c/ Lecaye, Juris-Data n° 361193.

¹¹⁸³V. sur ce point J.-M. TRIGEAUD, *Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexions de synthèse*, in Revue trimestrielle Fides Quaerens, Université di filos, Calabria, Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Naples, 2010, p. 2.

¹¹⁸⁴Par ex. Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1991, B. civ. n° 144.

¹¹⁸⁵Cass. crim., 1^{er} juin 1994, RIDA 1995, p. 163 ; Cass. crim., 1^{er} avril 2014, B. crim. n° 99.

¹¹⁸⁶V. sur ce point C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique : et droits voisins*, Paris : Précis Dalloz, 9^{ème}

contrefaçon, les juges du fond se contentent d'une présomption de mauvaise foi du contrefacteur¹¹⁸⁷. L'élément intentionnel ne doit donc pas être compris comme inexistant, il est simplement présumé¹¹⁸⁸, et on observe un renversement de la charge de la preuve.

BOUZAT relève à ce titre qu'« il paraît logique en effet que celui qui réalise une œuvre contrefaite, la reproduit ou la représente sans autorisation ait pleinement eu conscience d'opérer en violation des droits du propriétaire, d'agir frauduleusement. Si l'on croit qu'une œuvre originale a quitté le domaine privé pour tomber dans le domaine public, rien n'est plus simple que de se renseigner pour en acquérir la certitude »¹¹⁸⁹.

607. *La présomption de l'intention au regard de l'acte matériel.* Ainsi, très tôt, la jurisprudence s'est appuyée sur la matérialité de l'acte de contrefaçon pour présumer la mauvaise foi de l'agent. C'est dans ce sens qu'en matière d'œuvre notamment, la chambre criminelle a considéré dans un arrêt du 11 avril 1889 que « si le délit de contrefaçon d'une œuvre artistique est soumis comme les autres délits à la double condition de l'existence d'un fait matériel et de l'intention coupable de son auteur, la bonne foi de l'inculpé ne se présume pas ; c'est à lui qu'il incombe d'en administrer la preuve »¹¹⁹⁰. Cette solution doit s'appliquer également en matière de contrefaçon de brevet.

Une telle présomption de la mauvaise foi du contrefacteur permet incontestablement une meilleure protection du créateur dans la mesure où il est parfois difficile d'en rapporter la preuve¹¹⁹¹.

éd., 1999, n° 384 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 752 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1238 ; S. DURRANDE, *L'élément intentionnel de la contrefaçon*, D. 1999, chron., p. 319.

¹¹⁸⁷Du moins pour les contrefacteurs directs (ou primaires), en matière de brevet, à la différence des contrefacteurs indirects ou seconds pour lesquelles le demandeur devra démontrer leur mauvaise foi. V. par ex. CA Paris, 9 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, I, p. 109.

¹¹⁸⁸Cass. crim., 15 juin 1844, B. crim. n° 217. « L'élément intentionnel de l'infraction résulte, sauf preuve contraire de l'existence même du fait matériel ».

¹¹⁸⁹P. BOUZAT, *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique*, RIDA 1972, p. 177.

¹¹⁹⁰Cass. crim., 11 avril 1889, B. crim. n°150 ; Cass. crim., 1^{er} février 1912, Gaz. Pal. 1912, I, 437 ; Cass. crim., 1^{er} mai 1940, DA 1941, p. 116 ; Cass. crim., 28 février 1956, JCP 1956, II, 9520 ; Cass. crim., 12 février 1969, D. 1969, p. 296.

¹¹⁹¹Trop peut-être d'ailleurs. En effet, « la grande portée donnée à la présomption de mauvaise foi aboutit à faire de la contrefaçon plus une infraction de simple négligence qu'une infraction intentionnelle » (P. BOUZAT, *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 175). Et comme le relève justement M. DREYER, la présomption aurait pour conséquence d'élargir la répression de la contrefaçon « à des hypothèses où le comportement du prévenu a été purement passif – lorsqu'il ne peut prouver, en tout cas, qu'il n'a pas effectué toutes les diligences requises ». C'est d'ailleurs pourquoi l'auteur s'interroge quant à la nécessité d'une intervention législative pour « introduire une distinction entre deux formes de contrefaçon, sanctionnées bien évidemment de façon différente. On pourrait imaginer une première infraction de portée générale consistant en une atteinte aux droits d'auteur commise par imprudence ou

Dans certains cas cependant, certains juges ont pu relever expressément la mauvaise foi du contrefacteur¹¹⁹², la preuve en étant rapportée par l'existence de certains indices. Tel l'exemple de celui qui reproduit une œuvre bien que sur celle-ci soit inscrit « reproduction interdite »¹¹⁹³. La mauvaise foi et la connaissance des droits de la propriété intellectuelle sont alors non seulement présumées mais évidentes.

Pour l'appréciation de l'imitation contrefaisante de la création d'autrui en pénal, il n'est donc pas nécessaire de démontrer le dol général par le ministère public, c'est-à-dire de prouver que le contrefacteur – et plus précisément l'imitateur – savait agir en violation des droits d'autrui et sans autorisation. Cette présomption d'intention coupable est réfragable, laissant la possibilité à l'imitateur de prouver sa bonne foi. Ce qui revient à démontrer soit l'impossible représentation du modèle dans son esprit, soit sa croyance en la possibilité d'effectuer une imitation licite d'après cette représentation. Il faut dire toutefois que cette preuve s'avère difficile en pratique.

B. La difficile preuve du caractère fortuit de l'infraction ou d'une croyance en la licéité de l'acte

608. ***Le renversement de la présomption possible.*** Le prévenu peut tenter de renverser la présomption tenant à l'élément moral en établissant sa bonne foi pour ne pas être condamné¹¹⁹⁴. Il peut essayer de montrer qu'il a pris toutes les précautions pour éviter de reproduire une création protégée (absence de représentation d'un modèle) ou que connaissant la création originale, il était certain que son imitation était licite, car ne portant atteinte à aucun droit de propriété intellectuelle. Plus exactement, il doit prouver une ignorance légitime, c'est-à-dire une erreur excusable¹¹⁹⁵. La prise en compte de l'intention du contrefacteur relève alors de l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁹⁶.

négligence assortie de sanctions réduites (peines correctionnelles minimales, voire sanctions applicables aux contraventions de la cinquième classe). Seraient par ailleurs maintenues des incriminations spécifiques permettant de sanctionner lourdement les comportements dénotant une volonté de leurs auteurs d'exploiter des œuvres sans l'accord des ayants droit » (E. DREYER, *Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique - Éléments constitutifs, Sanctions*, op. cit., n° 121 s.).

¹¹⁹²CA Paris, 12 juillet 1972, JCP 1973, II, 17290 ; CA Amiens, 12 avril, 1991, JCP G 1992, IV, 972.

¹¹⁹³T. corr. Mâcon, 14 novembre 1962, RIDA 1955, p. 149.

¹¹⁹⁴V. sur ce point E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, op. cit., n° 475 ; E. POUILLET, id., n° 753 s.

¹¹⁹⁵Cass. crim., 12 décembre 1958, B. crim. n° 735, p. 1313, Annales, 1959, p. 259 : « le délit de contrefaçon, établi dans sa matérialité, implique, sauf justification du contraire, que l'infraction a été commise avec intention frauduleuse ».

¹¹⁹⁶Cass. crim., 30 mars 1882, S., 1882, I, 334.

Il n'est pas aisé de synthétiser les différentes preuves à rapporter, comme le soulève justement le Professeur POLLAUD-DULIAN¹¹⁹⁷ et avant lui, POUILLET¹¹⁹⁸. On peut considérer qu'en matière de reproduction, le contrefacteur pourra notamment tenter de démontrer que les ressemblances ne sont que fortuites, même si les juges se montrent sévères quant à cet argument¹¹⁹⁹. En revanche, ne sauraient en aucun cas caractériser la bonne foi de l'imitateur sa croyance erronée que l'œuvre était tombée dans le domaine public, son intention altruiste ou encore l'absence de profit¹²⁰⁰. Ne pourrait non plus être excusé celui qui ne ferait qu'exécuter un ordre. En effet, l'exécutant qui reproduit la production sur l'initiative d'une autre personne est également poursuivi et ne peut donc être exonéré car il aurait dû lui-même se renseigner sur l'éventuelle atteinte au droit de propriété intellectuelle¹²⁰¹.

De même, les précautions prises par l'agent sont sévèrement appréciées à l'égard des professionnels. Dans ce sens, la chambre criminelle a considéré dans un arrêt du 27 juin 2006 que les juges du fond avaient justifié leur décision en relevant que « d'une part, l'immeuble constitue la réalisation en volume de la conception de l'architecte qui a établi les plans et que, d'autre part, son édification, sans l'autorisation préalable de cet architecte, par des professionnels de la construction, qui avaient le devoir de s'informer sur la provenance de ces plans, constitue un acte de reproduction effectué de mauvaise foi »¹²⁰². A la différence des autres cas d'imitation que nous avons étudiés jusqu'à présent¹²⁰³, l'erreur de droit ou de fait ne peut donc suffire à excuser l'imitateur.

609. Pour conclure sur l'imitation reproduction parfaite ou imparfaite de la création. Ainsi, en matière de contrefaçon d'une création, bien incorporel, l'acte de reproduction est entendu largement par le législateur, la simple duplication ou réplique dans une autre matière que l'original pouvant suffire à caractériser l'infraction. L'imitation parfaite ou imparfaite de la création d'autrui n'est pas conçue comme une incrimination autonome. Elle n'est qu'un

¹¹⁹⁷F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1766, p. 1187.

¹¹⁹⁸E. POUILLET, op. cit., n° 481 s.

¹¹⁹⁹Et dans la mesure où il aurait dû s'informer sur l'existence d'une création surtout s'agissant de professionnels. Par ex. CA Paris, 29 septembre 1988, JurisData n° 025949, s'agissant du professionnel de la reproduction de films sur vidéocassettes ne pouvant arguer de sa bonne foi et se rendant coupable de contrefaçon lorsqu'il n'a pas procédé aux vérifications permettant d'établir la réalité et la validité d'un prétendu transfert des droits d'exploitation sur l'œuvre contrefaite.

¹²⁰⁰Cass. crim., 4 mai 1961, B. crim. n° 236, Ann. Prop. Ind. 1961, p. 334.

¹²⁰¹CA Paris, 2 novembre 1954, RIDA 1955, p. 149, s'agissant d'un interprète qui avait traduit les œuvres d'un auteur étranger pour le compte d'une société d'édition concurrente de celle qui publiait habituellement cet auteur sans s'inquiéter des droits.

¹²⁰²Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-86634, non publié au bulletin.

¹²⁰³V. *supra* n° 372 et s.

mode/acte de contrefaçon. Cependant, elle paraît faire l'objet d'un grand contentieux en matière de droit d'auteur et de brevet.

La contrefaçon de la création d'autrui est sanctionnée comme un comportement d'imitation matérialisée en particulier s'il s'agit d'un acte de « re-fabrication » de la création. Lorsqu'il est reproduit dans sa totalité ou dans la totalité d'un de ses éléments protégés, la contrefaçon est qualifiée d'**imitation-reproduction**, qui ne présente aucune innovation par rapport au modèle original.

Si des innovations sont au contraire apportées par le contrefacteur, il s'agit d'une **imitation- simulacre par reproduction** d'éléments suffisant.

On a tenté de rechercher une **imitation personnelle de la création**. En pratique, l'imitation reste appréciée par rapport au seul résultat, et la simple imitation matérialisée suffit à constituer l'acte de contrefaçon. En effet, la possible représentation du modèle dans l'esprit de l'imitateur, établie par la vérification de la protection de la création originale, suffit à caractériser l'élément moral de l'infraction. L'intention coupable est donc présumée. Et si l'agent peut tenter de démontrer que son imitation est fortuite ou qu'il pensait de bonne foi ne pas atteindre les droits de la propriété intellectuelle, les juges se montrent sévères pour sanctionner toute atteinte à la propriété d'autrui, entendu par eux comme les titulaires du droit d'exploitation et pas seulement le créateur.

L'incrimination de l'imitation de la création d'autrui par reproduction se fonde avant tout sur l'examen et la comparaison de l'objet qui matérialise la chose modèle protégée et sa reproduction frauduleuse. Le comportement de l'imitateur et son intention se déduisent de la seule reproduction matérielle de la création d'autrui. Le champ pénal ne distingue donc absolument pas l'imitation de la chose qui serait réalisée pour elle-même - le **modèle étant la création** - de celle qui serait au service d'une imitation personnelle - prenant le créateur pour modèle. On peut alors se demander comment sont appréciés et sanctionnés certains comportements illicites qui atteignent une création sans que celle-ci soit matérialisée. On pense ici à la situation où l'agent utilise la création d'autrui, pour se faire passer pour un créateur par exemple. Certaines infractions renvoyant à l'usurpation de qualité de créateur posent ainsi des problèmes d'interprétation qui peuvent nous aider à nuancer le concept d'imitation.

II. L'usurpation de qualité de créateur : une imitation personnelle par appropriation illicite d'une création

610. Rappelons que la contrefaçon correspond à toutes atteintes portées aux droits de la propriété intellectuelle. Or, une personne peut laisser croire qu'elle est à l'origine d'une création sans y apporter aucune modification. Dans cette situation, l'œuvre ou l'invention n'est donc pas altérée. Elle est simplement utilisée telle quelle.

Un individu peut se faire passer pour le créateur d'une chose de différentes manières soit en utilisant le nom de celui-ci, soit sa qualité.

611. *L'utilisation du nom du créateur : une imitation de personne.* D'une part, l'individu peut simplement utiliser le nom du créateur, en déclarant par exemple, devant une toile signée, qu'il est l'artiste-peintre. Dans ce cas, son comportement correspond à une imitation précise : une usurpation d'identité. Il n'est alors pas tant question d'une imitation d'une personne au travers de sa création, mais plutôt au travers de ses éléments d'identité¹²⁰⁴. Il y a donc une différence à faire entre cette usurpation de nom et l'atteinte au droit au respect du nom - droit moral - qui peut consister simplement à ne pas faire figurer le nom du créateur sur sa production.

612. *L'utilisation de la qualité de créateur : une imitation de créateur.* D'autre part, l'individu peut se dire créateur en utilisant la création d'autrui. Cette situation pourra se rencontrer plus facilement en cas d'anonymat de la création. Ce comportement renvoie alors à une usurpation de la qualité de créateur de la chose, et doit être différencié de la revendication de bonne foi de la paternité d'une création. Celui qui revendique une création en sachant pertinemment qu'il n'en est pas à l'origine est un véritable usurpateur.

613. A l'image de l'article 433-17 du Code pénal, qui sanctionne l'usage sans droit d'un titre ou d'une fonction réglementée, il paraît intéressant de se demander si l'usurpation de qualité de créateur constitue une infraction d'imitation. Or, le législateur établit une incrimination d'usurpation de qualité seulement en matière de droit des brevets (Paragraphe 1). Il semble que l'infraction générale de contrefaçon puisse réprimer l'usurpation de qualité de

¹²⁰⁴Il faudra toutefois démontrer une intention de nuire pour pouvoir appliquer l'article 226-4-1 du Code pénal. V. *supra* n° 210.

créateur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'usurpation de qualité de propriétaire de brevet : une imitation de personnage

614. Une première remarque s'impose ici. Lorsque l'on parle d'usurpation, de nom ou de qualité, nous sommes renvoyés aux situations évoquées dans le titre 1^{er} de cette étude, à savoir l'imitation d'une personne ou d'un personnage. Pourtant, il nous paraît nécessaire d'inclure certaines usurpations dans la partie consacrée à l'imitation d'une chose pour deux raisons. D'un point de vue pratique d'abord, parce que les textes de référence se trouvent dans le Code de la propriété intellectuelle, et non dans le Code pénal. Fondamentalement, il nous semble que les usurpations qui intègrent une chose protégée illustrent bien comment une imitation peut être parfois sous-tendue par une imitation personnelle.

Cela étant précisé, le législateur n'a prévu d'incrimination autonome d'usurpation de qualité qu'en matière de brevet.

615. *Une infraction spécifique d'usurpation de qualité en matière de brevet.* L'article L. 615-12 du Code de la propriété intellectuelle prévoit qu'est puni d'une amende de 7500 euros quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou de sa demande. Il s'agit ainsi de sanctionner celui qui aura pris « la qualité de breveté sans posséder un brevet délivré conformément aux lois, ou après l'expiration d'un brevet antérieur »¹²⁰⁵. Le texte a été modifié par une loi en 2009¹²⁰⁶ pour retirer la sanction spécifique en cas de récidive de l'infraction mais le législateur n'a pas entendu préciser ce qu'il fallait entendre par usurpation de qualité de breveté. Voyons donc d'abord ce qu'il faut comprendre par la prise intentionnelle de qualité de propriétaire de brevet (A) pour déterminer s'il s'agit bien d'un comportement d'imitation. (B).

A. La prise indue de qualité de propriétaire d'un brevet

616. *Prendre la qualité de breveté.* Prendre indûment la qualité de breveté est un acte positif

¹²⁰⁵L. ANDRE, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles : E. Bruylant, Paris : A. Chevalier-Maresq, t. 1, 1899, n° 706, p. 466.

¹²⁰⁶Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (Article 122).

qui consiste pour une personne non pas seulement de se faire passer pour un créateur d'invention, mais plus largement pour le propriétaire d'un brevet ou de sa demande. Autrement dit, il s'agit de faire usage de la qualité de breveté. ANDRE en 1899 considérait déjà que « le délit consiste à prendre la qualité de breveté ; ainsi ne tombe pas sous le coup de notre article celui qui se dit inventeur, même fausement »¹²⁰⁷. Cette précision semble indiquer que peu importe si l'invention contestée émane de l'agent ou non, ou même qu'il s'agisse d'une invention, ce qui est sanctionné c'est de faire croire que l'on détient des droits de propriétaire de brevet. Cette prise de qualité peut alors être verbale ou écrite mais doit être publique, à la différence de l'usurpation générale de qualité.

617. **Le constat de l'illicéité.** Les juges devront examiner l'existence d'un brevet, et notamment vérifier s'il n'est pas expiré¹²⁰⁸. Car si tel est le cas, un individu ne peut se prévaloir de la qualité de breveté, même s'il en a été propriétaire à un moment donné. Il en est de même pour le brevet frappé de nullité ou de déchéance¹²⁰⁹. Dans ce sens, « celui qui, sans prendre le nom de breveté, annonce qu'il poursuivra les contrefacteurs, [sera poursuivi] car il prend la qualité de breveté »¹²¹⁰.

618. **L'intentionnalité de la prise de qualité.** Le texte d'incrimination ne prévoit en revanche pas l'élément moral de l'infraction. Toutefois, la peine d'amende s'élevant à 7500 euros, il s'agit d'un délit. Ainsi, selon l'article 121-3 du Code pénal, devra être recherchée l'intention de l'agent de se faire passer pour le propriétaire d'une invention brevetée. ANDRE rapporte sur ce point que « le prévenu peut être relaxé lorsqu'il est constaté qu'il n'a pas eu l'intention de tromper le public et qu'il a eu soin de placer en regard la date des brevets et de faire ainsi connaître leur expiration »¹²¹¹. Cet auteur semble inclure un dol spécial : « une intention de tromper le public ». Cela étant, le texte ne l'imposant pas, il nous semble que seul un dol général suffit à la constatation de l'élément moral. Comme pour l'infraction générale d'usurpation de qualité, le prévenu doit simplement avoir conscience de n'avoir aucun droit à se réclamer de la qualité usurpée et la volonté d'agir malgré cette connaissance de l'absence de droit. Ajoutons que, à

¹²⁰⁷L. ANDRE, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, op. cit., n° 707.

¹²⁰⁸Cass. 2 mars 1894, D. P., 1895, 1, 349. Sauf, comme le rappelle L. ANDRE, si l'inventeur a pris le soin de faire connaître l'extinction du brevet de manière à ne pas induire le public en erreur (V. par ex. CA Paris, 4 juin 1869, Ann. 1870, 58 ; CA Paris, 17 juillet 1869 ; Cass. 19 février 1870, Sir., 1870, 1, 180).

¹²⁰⁹V. sur ce point notamment E. POUILLET, op. cit., n° 355.

¹²¹⁰L. ANDRE, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, op. cit., n° 472 ; V. également E. POUILLET, op. cit., n° 358.

¹²¹¹Cass, 19 février 1870, préc. ; CA Paris 4 déc. 1869, Ann., 1870, 52 et 58 (cité par L. ANDRE, id., n° 720).

l'image de l'article 433-17 du Code pénal, l'erreur de fait ou de droit commise par l'auteur devrait faire disparaître l'intention.

Après ces éléments de présentation, il s'agit de savoir si cette infraction sanctionne un comportement d'imitation.

B. L'incrimination de l'imitation d'un personnage par la création de l'illusion d'être titulaire de droits sur une création

619. ***La qualification de l'imitation : une imitation-reproduction.*** L'usurpation de qualité de breveté renvoie à une **imitation-reproduction** dans la mesure où l'agent utilise un véritable attribut – la qualité de breveté - pour se faire passer pour ce qu'il n'est pas. Il crée une illusion en se disant propriétaire d'une invention brevetée. De plus, l'imitateur s'est nécessairement représenté le modèle, qui n'est pas le brevet ici mais bien le statut de propriétaire de brevet, avec les droits qui lui sont attachés. Peu importe que le public se soit effectivement mépris, cette condition n'étant pas exigée par le texte d'incrimination. Plus précisément, dans un tel comportement, l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public doit être présumée irréfragablement, l'imitateur créant une confusion parfaite en utilisant une véritable qualité. Enfin, il apparaît que l'intention soit importante à prendre en compte puisque dans certaines situations (expiration du brevet) et si l'agent de l'infraction peut prouver qu'il n'avait pas conscience de ne pas jouir des droits d'un breveté au moment des faits, il ne sera pas poursuivi.

620. ***Une imitation de personnage.*** Fondamentalement, bien que l'objet du litige soit une chose matérielle, peu importe que l'usurpateur ait imité ou non une invention brevetée pour s'en dire propriétaire. Par conséquent, l'infraction ne concerne pas une imitation matérialisée.

De plus, elle ne sanctionne pas celui qui se fait passer pour un créateur mais plus largement pour le propriétaire du brevet et nous avons vu que par l'effet d'une cession ou d'une concession, différents titulaires peuvent être propriétaires d'un brevet. Ainsi, l'article L. 615-12 prévue par le Code de la propriété intellectuelle semble plutôt sanctionner une **imitation de personnage – à travers une production** - qu'une imitation de personne au travers de sa production, à l'image donc de l'article 433-17 du Code pénal. Car peu importe l'atteinte éventuelle à un véritable créateur, il suffit de vérifier la prise de qualité sans droit – d'autant plus que le texte s'applique même pour un brevet qui serait expiré. Si l'article L. 615-12 peut

réprimer l'imitation d'un créateur, dont le juge constaterait l'usurpation des droits détenu par brevet sur sa création, ce n'est donc pas l'esprit du texte. Ainsi, l'usurpation de qualité de breveté prévue par ce texte n'est-elle pas une infraction autonome d'imitation d'un créateur à travers sa création.

Ce comportement particulier pourrait en revanche être visé par les textes réprimant la contrefaçon, entendue cette fois non pas comme une reproduction illicite mais comme un usage illicite de la création d'autrui.

Paragraphe 2. L'usurpation de qualité de créateur par contrefaçon : une imitation personnelle par appropriation illicite de la création d'autrui

621. Certaines contrefaçons sont sanctionnées plus particulièrement parce qu'elles portent atteinte au droit moral d'un créateur, de manière inégale selon le domaine de la propriété intellectuelle considéré.

622. *Une atteinte du droit à la paternité.* En effet, l'usurpation de qualité d'un créateur semble porter atteinte au droit moral du créateur. Nous l'avons établi, de manière générale, les seuls créateurs bénéficiant d'un tel droit sont les inventeurs brevetés et les auteurs ou artistes. Et selon la théorie de l'unité de l'art, le créateur d'un dessin ou modèle qui remplirait les conditions de fond du droit d'auteur peut se prévaloir du droit à la paternité. Cela étant dit, au regard des dispositions législatives, il semble que seuls les textes incriminant la contrefaçon en droit d'auteur prévoient une sanction pénale en cas d'atteinte au droit à la paternité du créateur.

623. *Le cas de l'inventeur breveté.* En effet, l'article L. 615-14 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la sanction des atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6 du même Code. Or, ces textes ne visent pas le droit moral, ce dernier étant prévu par l'article L. 611-9. Les actes visés par les articles en matière de contrefaçon de brevet sont seulement des actes d'exploitation de l'invention, dédiés aux intérêts patrimoniaux. Dans ce sens, l'atteinte au droit à la paternité de l'inventeur breveté échappe semble-t-il au champ d'application de ces dispositions. Autrement dit, celui qui se fait passer pour l'inventeur breveté d'une création sans l'avoir reproduite ne saurait être puni de contrefaçon. Seule l'infraction prévue à l'article L. 615-12 permet de sanctionner largement la prise de qualité de propriétaire de brevet. Si l'inventeur n'est plus propriétaire de son brevet,

il ne pourra plus passer par la voie pénale¹²¹².

624. **La protection des artistes et auteurs.** Ainsi, il semble que les créateurs pouvant invoquer l'atteinte au droit moral comme constitutive d'une infraction de contrefaçon soient les auteurs et artistes. En effet, l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle sanctionne au titre du délit de contrefaçon « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». Ainsi le texte ne limite-t-il pas l'atteinte des droits du créateur à la reproduction illicite mais l'étend à tout usage non autorisé par l'auteur.

Dans ce sens, puisque l'usurpation de qualité en général semble être un comportement d'imitation, il nous faut rechercher si l'atteinte au droit moral du créateur par l'usurpation de sa qualité peut être constitutive d'une imitation. Il s'agira donc avant tout d'analyser si l'atteinte au droit de paternité de l'auteur ou artiste entraîne, par imitation, la création d'une apparence illusoire (A). Il semble toutefois qu'il demeure une controverse quant au fait de punir pénalement la seule atteinte au droit moral du créateur (B).

A. L'atteinte au droit de paternité du créateur constitutive d'une imitation illicite

625. **Une atteinte aux seuls droits moraux du créateur.** La première chambre civile a considéré dans un arrêt du 31 janvier 1961 qu'un libraire porte atteinte au droit moral d'un relieur, au cours d'une exposition sur l'art de la reliure, en plaçant sa carte professionnelle près des reliures réalisées par ce créateur, laissant ainsi croire au public qu'il en était l'auteur¹²¹³. Autrement dit, en matière civile, celui qui, sans autorisation, se fait passer pour le créateur d'une production porte nécessairement atteinte aux droits moraux du créateur, et plus particulièrement à son droit de paternité sur sa création¹²¹⁴. Ce droit devrait donc permettre à ce dernier de se défendre contre toute usurpation de sa qualité par un tiers.

Un tel acte semble ainsi s'apparenter à un comportement d'imitation (1). Pour une meilleure compréhension, nous choisissons d'illustrer notre analyse par l'exemple de l'atteinte au droit de paternité de l'architecte (2).

¹²¹²En revanche, il pourra éventuellement passer par la voie civile, en application de l'article 1240 du Code civil.

¹²¹³Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1961, B. civ. n° 74, p. 61.

¹²¹⁴Mais nous avons vu en revanche que l'inverse ne fonctionne pas : toute atteinte à ce droit n'est pas nécessairement une imitation.

1) *L'atteinte au droit de paternité par la création d'une apparence de la réalité*

626. Le fait de se faire passer pour autrui en utilisant illicitement sa création est différente de l'attribution abusive d'une œuvre quelconque à un auteur ou un artiste créateur. Ainsi qu'il a été établi, dans ce cas là, il ne s'agit non pas d'une atteinte au droit de paternité mais d'une usurpation d'identité au sens de la loi des 9-12 février 1895, l'œuvre n'étant pas de la victime dont le nom aura été emprunté¹²¹⁵. « Prendre pour soi » la création d'un auteur ou artiste ne revient pas à se faire passer pour lui *stricto sensu*, par l'appropriation de ses éléments d'identité, mais agir comme si on était le créateur de la chose. Et cette usurpation de la qualité de créateur rompt nécessairement le lien existant entre création et auteur.

627. *Une imitation-reproduction personnelle par la création d'une apparence de la réalité.* Se faire passer pour autrui au travers de sa création, sans l'altérer, constitue une **imitation-reproduction**, non pas par imitation de la création, mais par l'utilisation de la qualité de créateur au travers d'une création. L'imitateur crée une **apparence de la réalité**, celle-ci étant parfaite par l'utilisation de vrais moyens – la qualité de l'auteur ou de l'artiste. Il crée l'apparence d'être ce qu'il n'est pas, mais surtout d'être le créateur d'une chose précisément. Dans ce sens, à la différence du comportement de reproduction de la création, ici, **l'imitation n'a pas pour modèle la création**. Ainsi, à l'image de l'usurpation d'identité, l'imitation du créateur par utilisation de sa qualité au travers de sa création renvoie à une **imitation personnelle**. Le modèle ici est bien le créateur, et ce, même si ce dernier est anonyme puisque l'imitateur imite non pas tant une personne déterminée qu'une personne précise – à travers sa chose - démontrant une qualité. En effet, nous avons dégagé que le créateur s'exprime au travers de sa production. Utiliser la création pour se dire créateur suffit donc pour usurper la qualité de créateur. Par ailleurs, nous avons fait ressortir que la représentation de la création suffit à établir la représentation du créateur. Ainsi, revient-il aux juges d'apprécier les deux premiers critères de l'imitation : l'existence préalable d'une chose créée par un individu pris comme modèle ainsi que sa représentation dans l'esprit de l'imitateur par l'accès de la création. Étant donné l'usurpation de qualité du créateur, l'imitateur se sera nécessairement représenté l'œuvre de ce

¹²¹⁵V. *supra* n° 223 et s. (même si certaines décisions considèrent qu'un tel comportement pourraient relever du Droit de la propriété intellectuelle au sens d'une atteinte au droit moral de l'auteur. V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 821-824).

dernier.

628. *Une apparence de la réalité illusoire*. L'apparence de la réalité qu'il crée n'a donc pas à entraîner une méprise effective dans l'esprit du public. Le seul risque d'une méprise suffit à caractériser l'usurpation de qualité. S'agissant d'une imitation-reproduction, cette apparence est d'ailleurs présumée être illusoire de manière irréfragable. L'imitateur ne pourra pas tenter de démontrer le contraire.

Une telle appréciation s'illustre de manière flagrante dans les contrefaçons atteignant le droit de paternité de l'architecte.

2) *Exemple de l'atteinte au droit de paternité de l'architecte*

629. *Le droit de paternité de l'architecte*¹²¹⁶. Au regard de l'article L. 112-2, 7° du Code de la propriété intellectuelle, l'architecte bénéficie, comme tout auteur, de droits patrimoniaux comme moraux, que ce soit pour les plans et maquettes mais également la construction qui est réalisée à partir de ceux-ci¹²¹⁷. Plus précisément, il « a un droit inaliénable à faire connaître sa paternité sur l'œuvre, [...] parce qu'elle contribue à informer les tiers et à établir la réputation professionnelle de l'architecte »¹²¹⁸. Il ne saurait donc être privé de cette « signature », même si elle s'accompagne souvent de l'indication de l'identité du constructeur ou maître d'ouvrage¹²¹⁹ - l'une et l'autre devant être bien distinguées¹²²⁰. Ainsi, le constructeur qui se ferait passer pour

¹²¹⁶V. sur ce point notamment M. HUET, *Le droit de l'architecture*, Paris : Economica, 1985, p. 92.

¹²¹⁷Cass. 1^{ère} civ, 8 janvier 1980, RIDA 1980, p. 152, note A. FRANÇON ; Cass. crim., 26 janvier 1965, B. crim. n° 25 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, B. civ. n° 184, D. 1985, somm. p. 312, obs. C. COLOMBET.

¹²¹⁸M. HUET, *Le droit de l'architecture*, op. cit., p. 92. L'auteur remarque qu'il s'agit d'un argument souvent évoqué. Par exemple dans l'affaire Bonnier c/ Bull. TGI Paris, 29 mars 1989, JCP 1990, éd. N, II, p. 278, obs. B. EDELMAN ; D. 1990, somm. p. 55, obs. C. COLOMBET, Gaz. Pal. 1990, 1, p. 140, obs. M. HUET (jugement infirmé) et CA Paris, 25 février 1988, D. 1989, somm. p. 312, obs. C. COLOMBET ; CA Rennes, 22 novembre 1911, DP 1914, 2, p. 5.

¹²¹⁹La qualité d'auteur revient à l'architecte seul, personne physique. Cela étant, il faut noter qu'une personne morale peut bénéficier des droits d'auteur, en matière d'œuvres collectives notamment. Toutefois, peu importe que l'architecte soit ou non salarié ou encore que l'ouvrage soit la création de plusieurs architectes (On pense à l'œuvre composite, de collaboration ou collective). En effet, le droit moral étant inaliénable, imprescriptible, perpétuel et insaisissable, l'acquéreur des droits d'exploitation de l'œuvre voit donc sa liberté d'action nécessairement restreinte par les droits moraux de l'architecte. Cela étant, selon l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Ce qui peut poser quelques difficultés pratiques en la matière. En effet, comme le souligne justement F. POLLAUD-DULIAN « l'acte de création de l'architecte se situe en amont, l'exécution étant le fait d'entrepreneurs qui, en principe, ne font aucun apport créateur. C'est donc essentiellement au stade de la composition, de la conception et de sa concrétisation dans des plans que l'on pourra déterminer l'auteur » (F. POLLAUD-DULIAN, *Architecture et droit d'auteur*, RDI 1990, p. 431).

¹²²⁰F. POLLAUD-DULIAN, *Architectes, Détermination de la qualité d'auteur et respect du droit moral*, La

le créateur de l'ouvrage porterait nécessairement atteinte au droit moral de paternité de l'architecte. D'ailleurs, au regard de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, celui-ci peut imposer que son nom soit inscrit sur la façade de la construction élaborée à partir de ses plans¹²²¹ ainsi que sa paternité¹²²². L'omission du nom du créateur aurait pour conséquence de priver l'architecte de notoriété, qui, si elle n'est pas un critère à la constatation de la violation de son droit, est prise en compte notamment pour l'octroi de dommages-intérêts. C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée pour faire valoir ce droit à l'architecte lorsque, d'après le concept d'imitation, une apparence fausse de la réalité est créée.

630. *Illustrations jurisprudentielles.* La Cour de cassation dès 1984 dans un arrêt a ainsi reconnu le droit de paternité de l'architecte sur ses plans¹²²³. Dans cette espèce, un architecte, une société et sa gérante avaient assigné les architectes leur ayant succédé comme maîtres d'œuvre pour avoir revendiqué dans des documents publicitaires la paternité des plans en utilisant les termes « conçu par [les seconds architectes] ».

Les juges du fond ont quelques années plus tard réitérée la solution dans un arrêt du 20 novembre 1996¹²²⁴. Un architecte invoquait la violation de son droit moral dans la mesure où le gérant de la société lui ayant confié la maîtrise d'œuvre pour la création d'une galerie d'art avec des ateliers d'artistes avait omis de mentionner son nom et sa qualité. Surtout, le **gérant s'était fait passer dans la presse pour l'auteur de la rénovation**. Le Professeur POLLAUD-DULIAN relève ainsi qu'« il était établi que [le gérant] avait rencontré les auteurs des articles et qu'il leur avait fourni les informations sur l'œuvre qui les avaient conduits à le considérer comme son auteur »¹²²⁵.

Nécessairement, les prévenus de ces deux affaires créaient l'apparence d'être les véritables architectes.

Plus récemment, la cour d'Orléans a rappelé que « l'architecte au titre de son droit moral peut revendiquer la paternité de son œuvre et exiger qu'elle lui soit attribuée et que son nom et sa qualité soient toujours précisés ». En conséquence, « porte atteinte au droit moral de l'architecte concepteur de piscines municipales, la société qui se présente sur un site internet

Semaine Juridique Edition Générale n° 44, 1997, II 22937.

¹²²¹T. civ. Seine, 21 avril 1913, Langlois c/ SOEAM, D. 1914, 5, 4.

¹²²²T. civ. Seine, 3 janvier 1927, Marast c/ Braun, Ann. 1939, 278 ; CA Paris, 20 novembre 1996, Bourgeois c/ Doueb, RIDA n° 173, p. 321.

¹²²³Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, RIDA 1985, p. 150, D. 1985, Somm. 312, obs. C. COLOMBET.

¹²²⁴CA Paris, 20 novembre 1996, Bourgeois c/ Doueb et a., JCP G, II, 22937.

¹²²⁵F. POLLAUD-DULIAN, *Architectes, Détermination de la qualité d'auteur et respect du droit moral*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 44, octobre 1997, II, 22937.

comme pouvant réaliser tous travaux concernant ces piscines, sans jamais mentionner leur concepteur »¹²²⁶. En aucun cas il n'est possible pour le prévenu de démontrer que l'apparence de la réalité qu'il a créée n'entraînait aucun risque de méprise dans l'esprit du public.

Si l'usurpateur est une personne morale, une société d'architectes ou un maître d'œuvre, le raisonnement reste identique. L'usurpation laisse penser que l'une ou plusieurs personnes physiques, agissant pour le compte de la personne morale, est ou sont auteur(s) de la création architecturale.

Il faut noter enfin que l'action en contrefaçon s'apparente à l'action revendicative. En effet, elle sert notamment « à défendre l'expression de [la] personnalité [du créateur] dans son œuvre en cas d'atteinte au droit moral, c'est-à-dire de rétablir juridiquement le lien entre la personne de l'auteur et son œuvre. Il convient de faire cesser l'acte illicite, de mettre fin à l'atteinte : ceci n'est pas une forme de réparation »¹²²⁷. Autrement dit, l'action en contrefaçon permet de contrer l'apparence créée par l'agent qui laisse croire être à l'origine de l'œuvre.

Certains auteurs refusent néanmoins la caractérisation de la contrefaçon par la seule atteinte au droit de paternité du créateur.

B. Une imitation personnelle sans imitation de la chose : un comportement répréhensible de manière autonome en pénal ?

631. Parce que l'article L. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle ne le précise pas explicitement, il existe une controverse pour déterminer si la seule atteinte à un droit moral de l'auteur ou de l'artiste suffit à caractériser une contrefaçon sanctionnable sur le plan pénal. Ce qui reviendrait à considérer que la seule imitation personnelle par appropriation de la création d'autrui ne saurait être sanctionnée pénalement si elle n'est pas associée à une atteinte à un droit d'exploitation.

Si la doctrine est divergente (1), la jurisprudence semble imposer au-delà d'une atteinte au droit de paternité du créateur un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion (2). Ce principe conditionne et limite considérablement la répression de l'imitation personnelle d'un créateur par appropriation de sa création (3).

¹²²⁶CA Orléans, 19 octobre 2006, Schoeller c/ Baudin, Juris-Data n° 326027.

¹²²⁷F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1929, p. 1293.

1) *L'atteinte au droit moral et contrefaçon : des divergences de la doctrine*

632. Les auteurs se divisent sur la manière de caractériser l'infraction si elle ne porte atteinte qu'au droit de paternité du créateur, et notamment si elle peut constituer une contrefaçon, sanctionnable pénalement.

633. *La doctrine en faveur du refus d'une sanction pénale de l'atteinte au seul droit moral de l'auteur.* Certains auteurs ont longtemps refusé, et refusent toujours, de considérer que la seule atteinte aux droits moraux est suffisante pour caractériser un comportement de contrefaçon¹²²⁸. Selon eux, les textes définissant expressément les infractions pénales de contrefaçon ne mentionnent pas la violation de ce droit. Par ailleurs, les contours des prérogatives du droit moral seraient trop incertains au regard du principe de légalité des délits et des peines mais aussi de l'interprétation stricte de la loi pénale. Pour certains, il paraît relativement excessif de sanctionner au pénal une personne qui n'aurait fait qu'atteindre un droit moral, la peine pouvant être un emprisonnement. Surtout, M. le Professeur Olivier LALIGANT considère qu'il est relativement critiquable de punir une personne de sanctions pénales alors même que, dans l'infraction de contrefaçon, l'intention est présumée au travers de l'élément matériel¹²²⁹. Ces auteurs sont donc plutôt favorables à une sanction civile.

634. *La doctrine en faveur de la sanction pénale de l'atteinte au seul droit moral de l'auteur.* FRANCON oppose comme argument que la présomption de l'intention est simple et peut donc être renversée. De plus, en pratique, la jurisprudence écarterait parfois cette présomption lorsqu'elle trouve cette mesure « trop draconienne »¹²³⁰, et « les tribunaux agissent de même en cas de poursuite pénale fondée sur la violation du droit moral »¹²³¹.

Pour une partie de la doctrine, l'atteinte au droit moral peut donc effectivement constituer une contrefaçon, car l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle est étendu.

¹²²⁸V. sur ce point notamment A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris : Litec (les Cours de droit), 1999, p. 279 ; A. FRANCON, *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, Mél. J.-J. BURST, Paris: Litec, 1997, p. 171. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 8^{ème} éd., n° 785 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : LexisNexis, 4^{ème} éd., 2012, n° 1076 ; R. SAVATIER, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957*, JCP, 1957-I-1398, n° 50.

¹²²⁹O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, n°78, p. 609.

¹²³⁰A. FRANCON, *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, op. cit., p. 175.

¹²³¹A. FRANCON, *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, op. cit., p. 175.

Si l'on se réfère à l'article L. 111-1 du même Code, l'auteur jouit d'un droit qui comporte à la fois des attributs d'ordre patrimonial et des attributs d'ordre intellectuel et moral. Pourquoi alors limiter la contrefaçon aux seules atteintes des premiers ?

Le Professeur POLLAUD-DULIAN considère ainsi qu'il « paraît paradoxal, voire incohérent que le législateur qui a donné au droit moral une place centrale dans la conception française du droit de l'auteur, ait entendu le priver de l'action en contrefaçon »¹²³², ou encore FRANCON affirme qu'« étant donné la place éminente qu'occupe le droit moral dans la conception française du droit d'auteur, il serait étrange qu'il ne bénéficie que d'une protection moindre que celle accordée aux droits pécuniaires »¹²³³. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs, dans une décision du 27 juillet 2006¹²³⁴, reconnu que le droit moral devait être protégé pénalement¹²³⁵.

L'article L. 335-3 évoque « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». Que faut-il entendre par reproduction, représentation ou diffusion ? S'agit-il de simples actes matériels ou de droits ? FRANCON remarque que la disposition « ne parle pas de droit de reproduction, de droit de représentation et de droit de diffusion, mais simplement de reproduction, représentation ou diffusion, ce qui serait, dit-on, une formule plus large ». L'auteur continue en remarquant que « l'article précité ne sanctionne la reproduction, la représentation et la diffusion que si elles ont lieu « en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». Cette allusion aux droits immédiatement après les mots « reproduction, représentation et diffusion » ne signifie-t-elle pas que ce sont les seuls droits de reproduction, de représentation et de diffusion, c'est-à-dire des droits pécuniaires, qui sont en cause ? »¹²³⁶. Dans un autre sens, le Professeur

¹²³²F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1752.

¹²³³A. FRANCON, op. cit., p. 174.

¹²³⁴Cons. Const., 27 juillet 2006, DC n° 2006-540 (JO du 3 août 2006, p. 11541).

¹²³⁵Cons. Const., 27 juillet 2006, préc., Cons. 57 : « Considérant, en revanche, qu'il n'en est pas de même de la notion de " travail collaboratif " ; qu'en outre, le dernier alinéa de l'article 21 de la loi déferée, qui exonère de toute responsabilité pénale les éditeurs de logiciels destinés au " travail collaboratif " ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur, n'est ni utile à la délimitation du champ de l'infraction définie par les trois premiers alinéas de cet article, ni exhaustif quant aux agissements qu'ils excluent nécessairement ; qu'il laisse, enfin, sans protection pénale les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur ; qu'il méconnaît donc tant le principe de légalité des délits et des peines que le principe d'égalité ; qu'il doit être déclaré contraire à la Constitution ».

¹²³⁶A. FRANCON, *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, op. cit., p. 180. L'auteur considère alors que le raisonnement des juges de la Haute cour « ne semble pas être d'une solidité à toute épreuve dès lors qu'il ne peut s'appuyer sur aucun texte précis du Code consacrant formellement cette solution ». Mais l'auteur considère toutefois que cette décision montre la volonté de « doter ce droit d'une forte protection » dont il se réjouit.

POLLAUD- DULIAN considère que, même si les termes désignent des actes matériels et non des atteintes aux seuls droits patrimoniaux, « la Cour pourrait fort bien se contenter de se référer à l'article 335-3 sans opérer ces rattachements dans la mesure où ce texte vise la "violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi", ce qui est bien le cas du droit moral »¹²³⁷.

La jurisprudence semble bien conditionner la sanction pénale de l'atteinte au droit moral du créateur artistique ou littéraire à un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion.

2) Association par la jurisprudence de l'atteinte au droit moral à un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion

635. **Position jurisprudentielle : arrêt du 13 décembre 1995.** Dans plusieurs décisions, la Haute Cour a pris position pour sanctionner l'atteinte au droit moral du créateur associée à un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion. Dans un arrêt du 13 décembre 1995¹²³⁸, la Cour de cassation a considéré que l'atteinte au droit moral était associée à un acte de diffusion. En l'espèce, une personne avait trouvé dans l'habitation où elle venait d'emménager des toiles qu'un artiste-peintre, précédant locataire des lieux, avait abandonnées sans les achever. Elle les confia alors à deux entreprises qui les vendirent par la suite après en avoir restauré certaines. Le peintre invoqua alors l'atteinte à son droit de diffusion. Il exprimait notamment le fait que les toiles litigieuses étaient des œuvres de jeunesse, et donc inachevées et imparfaites. Pour la chambre criminelle alors, « caractérise la contrefaçon par diffusion prévue par l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle la mise sur le marché de l'art d'une œuvre originale, même abandonnée par son auteur, lorsqu'elle est faite en violation du droit moral de divulgation qu'il détient sur celle-ci en vertu de l'article L. 121-2 de ce Code ». La Haute Cour ne se contente donc pas de caractériser la contrefaçon par la seule atteinte au droit moral de l'auteur. En effet, elle constate une violation du droit de divulgation par une diffusion illicite – la mise en circulation¹²³⁹, selon l'article L. 335-3. De ce fait, la Cour rattache l'atteinte au droit de divulgation à la diffusion illicite de l'œuvre. Si cet arrêt ne renvoie pas à un comportement

¹²³⁷F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1754, p. 1181.

¹²³⁸Cass. crim., 13 décembre 1995, RIDA 1996 p. 307, RJDA 1996/5, 718, RTD com. 1996, p. 462 obs A. FRANCON.

¹²³⁹Ce qui montrerait d'ailleurs l'autonomie du droit de diffusion alors que certains auteurs ont considéré que le droit de diffusion se situe dans le prolongement du droit de représentation. V. sur ce point A. FRANCON, *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, op. cit., p. 178.

d'imitation, il a permis toutefois une ouverture pour mieux comprendre l'atteinte au droit moral rattaché à un acte pour caractériser une contrefaçon.

636. **Réitération de la solution.** Quelques années plus tard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné l'atteinte à d'autres droits moraux tels que le droit au respect de l'œuvre¹²⁴⁰ et le droit à la paternité de l'auteur en matière d'architecture. En effet, dans un arrêt du 24 septembre 1997, la chambre criminelle a semblé pour la première fois qualifier pénalement la contrefaçon par la violation du droit de paternité d'un auteur, et plus particulièrement d'un architecte¹²⁴¹. En l'espèce, une société avait confié à un architecte-urbaniste l'étude d'un projet d'extension d'une zone d'aménagement concertée. Le jour de la rupture unilatérale du contrat, l'architecte avait remis des plans, avec un rapport de présentation. Or, la société avait remplacé, sur le cartouche, le nom de l'architecte par le sien, laissant ainsi croire que certains de ses membres étaient à l'origine de l'entière œuvre architecturale, et dissimulant du même coup le rôle du véritable créateur du projet. Selon la chambre criminelle, c'est à bon droit que les juges d'appel ont considéré que « les agissements du prévenu, qui a volontairement fait disparaître le nom de l'auteur, ont porté atteinte au droit moral de paternité de celui-ci ». Là encore, les juges opèrent le même raisonnement : d'une part, elle constate une reproduction des plans et d'autre part, une atteinte au droit à la paternité de l'architecte. Logique qui se retrouve dans d'autres arrêts notamment dans une décision en date du 22 mai 2002. La chambre criminelle a d'abord constaté un acte de représentation puis une atteinte au droit au respect de l'œuvre¹²⁴².

637. **Logique de la position jurisprudentielle.** Si certains auteurs regrettent un tel rattachement entre acte et atteinte¹²⁴³, le Professeur Emmanuel DREYER précise justement que la Cour de cassation semble faire « une application de la logique distributive qui caractérise la lutte contre la contrefaçon »¹²⁴⁴. En effet, elle ne fait que suivre la lettre du texte qui impose l'appréciation d'un acte matériel et d'une atteinte à un droit de l'auteur. Le premier peut être constitué par une reproduction, une représentation ou diffusion et la seconde pouvant toucher

¹²⁴⁰V. s'agissant du droit au respect de l'œuvre, Cass. crim., 22 mai 2002, Com. com. élect. 2002, comm. 150, 2^{ème} arrêt note Ch. CARON, RTD com. 2003, p. 85, obs. A. FRANCON ; Cass. crim., 3 septembre 2002, RIDA 2003, p. 347.

¹²⁴¹Cass. crim., 24 septembre 1997, Gaz. Pal. 1998, 2, p. 529, note LECLERC.

¹²⁴²Cass. crim., 22 mai 2002, préc.

¹²⁴³F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1754, p. 1181 ; E. DREYER, *La protection pénale du droit moral de l'auteur*, Com. com. élect. n° 9, Septembre 2007, étude 20, n°7.

¹²⁴⁴E. DREYER, id., n°6.

des droits patrimoniaux comme moraux.

En d'autres termes, la seule atteinte au droit moral de l'auteur ne peut constituer une contrefaçon sans que soit constaté un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion. Le raisonnement de la chambre criminelle suit la logique posée par l'article L. 335-3 et par voie de conséquence les principes de la légalité des délits et peines et d'interprétation stricte de la loi pénale.

Une telle limitation du champ d'application du texte restreint alors la répression du comportement d'imitation personnelle d'un créateur par l'appropriation de sa création.

3) *La limitation de la répression de l'imitation personnelle d'un créateur*

638. *L'absence de répression autonome de l'imitation personnelle d'un créateur.* De ces différentes positions doctrinales et jurisprudentielles, il s'ensuit que le droit à la paternité d'une œuvre est bien protégé mais l'agent de l'infraction ne sera sanctionné que s'il a reproduit, représenté ou diffusé l'œuvre elle-même. Ainsi, celui qui se contente de dire qu'il est le créateur de l'œuvre d'autrui ne peut être pénalement sanctionné. S'il accompagne ses dires d'une imitation de la création, il sera condamné pour contrefaçon par reproduction. Nous retrouvons là le comportement d'imitation matérialisée de la création. L'atteinte au droit moral de l'auteur étant reconnue, nous considérons que l'imitation personnelle est sanctionnée indirectement par la répression de l'imitation de la création. Ce qui n'est pas le cas de l'imitation personnelle du créateur associée à un seul acte de représentation - communication directe – ou de diffusion – communication indirecte. Ainsi, l'imitation personnelle sans imitation matérialisée de la création n'est pas réprimée de manière autonome. Ce comportement pris seul est alors plutôt un mode opératoire.

639. *Faible illusion de la réalité.* Cette position du législateur nous semble justifiée pour deux raisons. D'une part, la seule atteinte au droit moral, et notamment au droit de paternité, ne semble pas très illusoire. Elle peut l'être effectivement, dans la mesure où l'imitateur s'est octroyé la qualité de créateur, et a créé une apparence de lien entre sa personne et une véritable création. Cependant, cette illusion nous semble assez faible, ou du moins dépendre des circonstances dans lesquelles l'agent a inscrit son imitation. D'autre part, le rôle du droit de la propriété intellectuelle n'est pas tant de protéger le créateur que le lien entre lui et sa création. Ainsi la création doit-elle être atteinte pour que le créateur ou l'exploitant puisse prétendre à

une atteinte personnelle.

640. **La relativité de l'absence de répression de l'imitation personnelle.** Ajoutons que les actes de communication directe et indirecte englobent un certain nombre d'actes qui ne semble pas laisser impuni un tel acte d'imitation. En effet, le débit notamment – mode de communication indirecte – est un acte compris parmi les actes matériels de l'infraction de contrefaçon. Ainsi, celui qui appose son nom auprès d'une œuvre et la met en vente sera en pratique sanctionné, d'autant que l'effectivité de la vente n'est pas nécessaire à la caractérisation de l'infraction. Comme le relève justement le Professeur DREYER, « le rattachement de l'atteinte à un acte matériel déterminé est assez malheureux mais, en pratique, il n'entrave pas la répression »¹²⁴⁵.

Il faut bien admettre, en effet, que l'imitateur d'un créateur ne se contentera pas de l'affirmer mais imitera ou utilisera matériellement la création. Ainsi imiter personnellement un créateur se traduira par des actes touchant nécessairement la création.

¹²⁴⁵E. DREYER, *La protection pénale du droit moral de l'auteur*, op. cit., n° 7.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

641. *L'imitation, une composante de l'infraction de contrefaçon.* Au sein des infractions de contrefaçon en matière de droit d'auteur et de brevet, le législateur n'a pas entendu clairement identifier les différents comportements sanctionnables, mais a visé plus largement toutes atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

L'imitation d'une création n'est pas incriminée de manière autonome. Le terme de « reproduction » au sens juridique est entendu largement, une simple duplication de la création, sur un autre support, peut suffire à la caractérisation de l'infraction. Toutefois, comprise comme un acte constitutif de contrefaçon, l'imitation est à ce titre répréhensible. Et les comportements d'imitation d'une création font l'objet d'un large contentieux qui ne saurait être négligé pour la construction d'un concept portant sur l'imitation.

642. *La licéité ou l'illicéité des imitations.* Parce que toutes les imitations d'œuvre ou d'inventions ne sont pas illicites, le juge est nécessairement amené à analyser en premier lieu l'objet de l'imitation, qui doit être une création protégée par le droit de la propriété intellectuelle. Si l'œuvre littéraire ou artistique trouve protection au regard des seules conditions de fond, l'invention n'est protégée que si elle présente également des conditions de forme, à savoir le dépôt d'un brevet. Ces créations, biens incorporels, sont alors protégées. S'agissant d'apprécier une imitation, les juges sont nécessairement amenés à analyser la création matérialisée. Il s'agit là de la vérification du premier élément d'un comportement d'imitation, l'existence d'un modèle. La représentation de ce dernier dans l'esprit de l'imitateur sera alors présumée, au regard du possible accès à la création matérialisée.

Par ailleurs, l'imitation est licite si l'imitateur a été autorisé par le titulaire du droit sur la création. Et le législateur retient certaines exceptions soustraites à la sanction pénale, notamment lorsque l'imitation est réalisée à des fins privées, humoristiques ou encore expérimentales¹²⁴⁶. Si les trois conditions sont réunies - protection de la création, absence d'autorisation par le titulaire et inexistence d'une exception - l'imitation en droit d'auteur et de brevet est sanctionnée.

¹²⁴⁶Ou encore la reproduction dans des revues de presse, la reproduction accessoire ou encore celles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente.

643. **La sanction de l'imitation « matérialisée » de la création d'autrui.** Parce que le droit de la propriété intellectuelle est imprégné d'un aspect patrimonial mais aussi d'*intuitu personae*, il est possible de parler en théorie d'une imitation de nature hybride, à la fois de la création et du créateur. L'imitateur, par la reproduction de la création, imite le créateur qui s'est exprimé au travers de celle-ci.

Toutefois, pour réprimer une imitation, la jurisprudence s'attache à l'appréciation de son résultat, c'est-à-dire une **imitation matérialisée de la création**. L'imitation de la création d'autrui nous montre qu'une imitation en apparence matérielle ne peut être en fait que la matérialisation de l'imitation d'une chose incorporelle. S'il ne s'agit pas d'analyser une imitation de la personne, il est toutefois possible de considérer parfois une imitation de son idéation.

Plus particulièrement, la jurisprudence sanctionne deux types d'imitation : la reproduction parfaite et la reproduction imparfaite de la création. La première peut être qualifiée d'**imitation-reproduction** car l'imitateur crée une **apparence de la création – apparence de la réalité** - par sa reproduction sans modification de la création originale. La seconde peut être conçue comme une **imitation-simulacre par reproduction**. Dans ce dernier cas, l'imitateur ne reproduit qu'une partie des éléments de la création, donnant à l'ensemble un caractère ressemblant, mais en ajoutant des innovations, souvent à des fins de dissimulation. L'imitateur, au-delà de **créer une apparence de réalité, reproduit des éléments de la réalité**, en ce qu'il recrée sous certains aspects essentiels la création originale.

Ces deux types d'imitation sont appréciées identiquement c'est-à-dire au regard du constat de la **reproduction d'éléments de l'œuvre première**, dans sa totalité pour l'imitation-reproduction, partiellement mais essentiellement pour l'imitation-simulacre par reproduction. Peu importe l'effet produit dans l'esprit du public, le risque de méprise est à présumer.

644. **L'absence de sanction de l'imitateur-créateur.** Parfois, la jurisprudence semble mettre en balance les ressemblances et les dissemblances, pour déterminer si la production de l'imitateur présente suffisamment d'innovations pour qu'il soit considéré lui-même comme un créateur et échapper ainsi à la sanction de contrefaçon. Tel est le cas notamment du caricaturiste qui a apporté suffisamment d'éléments innovants à sa création et n'a créé aucun risque de méprise dans l'esprit du public. Enfin, ce mode d'appréciation a pour conséquence de ne pas sanctionner l'imitation-simulacre *stricto sensu* qui, ne créant qu'une simple apparence de réalité par la reprise d'éléments inappropriables, n'entre pas dans le champ d'application de l'infraction de contrefaçon. Ce qui revient à rejeter le plagiat de la répression pénale.

L'approche matérialiste de l'imitation d'une création est renforcée au regard de l'appréciation de l'élément moral de l'infraction de contrefaçon. En effet, l'intention de l'imitateur est présumée puisque, dès que l'accès à la création est possible, il est censé pouvoir se la représenter. Le modèle ici est donc bien la création. Et bien que prévue en principe, la démonstration par l'imitateur de sa bonne foi (impossibilité d'accès, croyance en la licéité de la reproduction) est peu entendue par les juges, particulièrement sévères.

645. *La sanction de l'imitation de personnage en matière de brevet.* A côté de l'imitation matérialisée de la création, le législateur n'a pas négligé un autre type d'imitation en incriminant de manière autonome l'usurpation de qualité de breveté. Il ne s'agit pas cependant d'une **imitation** de personne, mais plutôt **de personnage**. En effet, cette infraction sanctionne plutôt une imitation où le modèle du comportement est un titulaire du droit sur un brevet, voire un inventeur breveté - soit un personnage jouissant de droit sur une création. Ainsi, aucune incrimination ne permet de sanctionner de manière autonome l'imitation personnelle d'un créateur par appropriation de sa création, comme c'est le cas lorsque l'appropriation porte sur les éléments d'identité notamment. Par ailleurs, en droit d'auteur, nous avons vu que les dispositions imposent, au-delà d'une atteinte au respect de la qualité d'auteur, une atteinte à la création elle-même, par reproduction ou communication.

Cette analyse de l'imitation d'une création montre que le législateur mais surtout la jurisprudence sanctionnent avant tout une imitation matérialisée de la création qui consiste en une simple reproduction ou copie de celle-ci. Le comportement d'imitation se confond avec le résultat qui peut être plus ou moins parfait, étant donné son aspect objectif, et peu importe les moyens employés.

CHAPITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC

646. *Une imitation matérielle.* Nous venons de voir que l'acte de contrefaçon peut renvoyer à l'imitation d'une création ou d'une invention. Or, le législateur prévoit également de sanctionner la contrefaçon lorsqu'elle menace plus spécifiquement la confiance publique et la souveraineté de l'État. En effet, est punie la fabrication frauduleuse de tout signe distinctif de l'autorité publique, non porté par un personnage, ou de tout écrit ou autre support de la pensée à valeur probatoire. A la différence de l'imitation d'une création, le comportement ici ne semble pas poser de réelles difficultés quant à la nature du modèle. En effet, de tels instruments – signes et supports – ne sont en aucun cas l'émanation de l'expression d'une personne. Dans ce sens, imiter de telles choses visent incontestablement à réaliser une imitation matérielle.

647. *La fonction de la chose imitée.* C'est pourquoi la contrefaçon commise en dehors des droits d'auteur et de brevet tient davantage et uniquement sa particularité de la fonction de la chose imitée. Certains signes permettent en effet d'authentifier les actes accomplis pour ou au nom de l'État, comme émanant de l'État ou d'une autorité publique. Ou bien des écrits et autres supports de la pensée sont protégés pour leur valeur probatoire, c'est-à-dire dire qu'ils permettent ou pourraient permettre d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Il est bien question de garantir les fondements de la confiance publique, c'est-à-dire le crédit qu'il est possible d'accorder à certaines choses, instruments des interactions sociales.

648. *Des symboles de valeurs protégées.* Ce qui signifie que ces choses ne sont pas protégées pour elles-mêmes, selon une valeur qui leur serait intrinsèque mais pour la nécessité de préserver ce qu'elles doivent représenter et signifier pour le public. Un signe étatique doit pouvoir sans incertitude évoquer la **souveraineté de l'État**, comme certains documents doivent pouvoir être invoqués comme preuves de la **vérité**.

Pour cela, le législateur établit lui-même le lien entre la valeur et la chose, en conférant à celui-ci la faculté de représenter la valeur et s'attache ensuite à **protéger ce lien** contre tout comportement qui viendrait en rompre la continuité et perturber la fonction représentative de l'objet-signe. En cela les choses garantes de la confiance publique peuvent être définies comme

des symboles de la valeur protégée qu'ils représentent.

649. *L'imitation d'un symbole protégé d'une valeur protégée.* Cependant, à la différence des signes attachés à des personnages, les objets que nous étudierons dans ce chapitre ne matérialisent pas des rôles tenus par des personnes mais des valeurs plus abstraites, qu'ils permettent à tous les individus d'une nation de se représenter de la même manière. La **contrefaçon d'une chose garante de la confiance publique** rompt le lien établi entre l'objet concret et ce qu'il symbolise pour tous. L'incrimination de ce comportement par le droit pénal devrait donc pouvoir s'analyser en termes d'imitation d'un symbole.

650. *La protection contre la contrefaçon d'autres signes symboliques.* C'est pourquoi il nous apparaît intéressant d'étudier conjointement dans ce chapitre une autre forme d'imitation de symboles pour lesquels le droit s'attache à garantir la confiance du public. Il s'agit de la contrefaçon des marques, qui rompt également, quoique différemment, un lien de représentation entre un signe et un produit ou service. En effet, l'imitation du signe d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, ou bien l'imitation des produits ou des services qui lui sont attachés compromet la confiance du public en la marque toute entière.

651. *L'imitation conçue comme une atteinte à un intérêt général.* Que la chose soit garante de la confiance publique ou garant de la confiance d'un public de consommateurs, il semble bien que leur imitation puisse porter atteinte à l'intérêt du citoyen, membre d'une nation ou à l'intérêt « du consommateur » en général – étant entendu que les membres d'une nation sont d'actuels ou de futurs consommateurs.

652. Notre questionnement dans ce chapitre porte donc sur l'imitation, non pas de la chose d'un particulier mais de la chose de tous. C'est pourquoi nous avons porté notre réflexion sur les infractions de faux, ainsi que sur les infractions de contrefaçon et celles dites parfois d'« imitation »¹²⁴⁷ portant sur la monnaie, titres et autres valeurs fiduciaires. Par ailleurs, nous étudierons les infractions de contrefaçon de la marque de fabrique, de commerce ou de service.

Dans ce chapitre comme dans les précédents, nous nous attacherons dans un premier temps à repérer les objets protégés par la loi contre la fabrication illicite (Section 1) afin, dans

¹²⁴⁷V. par ex. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 908.

un second temps, d'analyser au regard de l'imitation le comportement sanctionné (Section 2).

SECTION I : LES OBJETS ET INSTRUMENTS DE PROTECTION

653. *Deux champs du droit prévoyant la protection de choses symboliques.* L'étude conjointe de l'imitation illicite d'une chose symbolique dans deux domaines différents devrait nous permettre d'effectuer des comparaisons intéressantes. Ainsi, pour garantir le bon fonctionnement de la justice, le législateur établit dans le Code pénal la protection d'instruments au nom de la confiance publique et la souveraineté de l'État (I). Il permet également la garantie de la confiance du public par la protection d'autres signes distinctifs tels que les marques de fabrique, de commerce ou de service prévues par le Code de la propriété intellectuelle, en son titre Ier du livre VII, que nous étudierons plus particulièrement (II).

I. Les instruments de protection de la confiance publique dans le Code pénal : une affirmation de la souveraineté de l'État

654. *Une protection large de la chose publique.* Le législateur sanctionne des infractions dans le Code pénal qui portent atteinte à la « confiance publique ». Au-delà d'y intégrer les signes publics *stricto sensu*, c'est-à-dire les signes de l'État et des autorités publiques, les dispositions pénales visent les faux documents, écrits et autres supports. Ceux-ci peuvent être officiels mais également privés. Comme le relève justement Mme le Professeur Valérie MALABAT, « l'importance [qui leur est] attachée [...] justifie encore que l'on considère le faux document comme **une infraction contre la chose publique** et non comme une infraction contre les particuliers, pourtant souvent lésés par le faux »¹²⁴⁸. Parce que certains éléments présentent une certaine crédibilité par leur nature ou leur destination, le droit pénal les protègent pour ce qu'ils représentent. Voyons donc les « signes publiques » (Paragraphe 1) puis les écrits et tout autre support de la pensée (Paragraphe 2).

¹²⁴⁸V. MALABAT, *Le faux*, Rép. pén., 2004, n° 2.

Paragraphe 1. La protection des signes publics concernant directement l'État

655. Nous avons recensé différents signes « publics » protégés parmi les infractions d'atteinte à la confiance publique dans le titre IV du livre IV du Code pénal. Ainsi, en dehors de tout monopole, sont interdits la fabrication de la monnaie (A), des titres et autres valeurs fiduciaires (B) ainsi que des marques de l'autorité (C).

A. La protection du signe monétaire de l'État

656. **Définition du signe monétaire de l'Etat.** La monnaie est le « signe défini par l'État comme ayant cours légal et pouvoir libératoire dans les espaces soumis à sa juridiction »¹²⁴⁹. Par principe, on entend par ce terme les pièces de monnaie ainsi que les billets de banque. À côté de cette monnaie fiduciaire, s'est développée la monnaie scripturale (tels que les chèques ou encore les cartes bancaires) ainsi que la monnaie électronique¹²⁵⁰, de nature incorporelle.

Néanmoins, seule la monnaie fiduciaire constitue le signe monétaire de l'État. Elle est spécifiquement protégée par les articles 442-1 et suivants du Code pénal. De plus, le Code monétaire et financier prévoit l'article L. 162-1 relatif à la fausse monnaie qui renvoie à l'ensemble des dispositions du Code pénal.

657. **Cohérence textuelle.** La fabrication de la fausse monnaie était dans l'Ancien droit considérée comme un crime de lèse-majesté puni de la peine de mort¹²⁵¹ et la même peine était prévue aux articles 132 et suivants du Code pénal de 1810.

Cependant, la protection de la monnaie souffrait d'un certain manque de cohérence dans les textes et seule la monnaie française ayant cours légal trouvait protection. Puis, par une loi

¹²⁴⁹D. CARREAU, *Monnaie*, Rép. droit international, 2017, n° 5.

¹²⁵⁰Selon l'article L. 315-1 du Code monétaire et financier, la monnaie électronique est « la valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement définies à l'article L. 133-3 et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique ». Il est possible de distinguer deux types de monnaies électroniques : les cartes prépayées et les produits logiciels permettant d'effectuer des paiements par télétransmission tel que sur internet (porte-monnaie électronique) ou encore sur une puce de téléphone portable, ou des cartes cadeaux d'une enseigne, carte bancaire prépayée, etc. Outre la nécessité de protéger le consommateur face à cette nouvelle monnaie, il a fallu également trouver des moyens permettant la protection de cette monnaie à l'encontre des fraudes.

¹²⁵¹Ord. De Saint-Louis de 1262, Ord. De Philippe Le Hardi de 1273, Ord. De Philippe-Le-Bel de 133, Ord. du 4 juillet 1536, Ord. du 12 décembre 1693, Ord. du 5 octobre 1715, Ord. du 25 février 1726 ; V. M. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris : Debure père, 1771, t. 3.

du 11 décembre 1957, ont été protégés les monnaies étrangères métalliques et les billets de banque¹²⁵². En 1968, la monnaie n'ayant plus cours légal fut enfin prise en compte dans les textes relatifs à la monnaie¹²⁵³, les billets de banque nationaux étant pour leur part protégés par le texte relatif au sceau de l'État.

Aujourd'hui, le Code pénal reflète une certaine harmonie des textes : le même chapitre, traitant « De la fausse monnaie », protège les pièces de monnaie et les billets de banque ayant cours. De plus, ont été supprimées des dispositions qui ne trouvaient plus à s'appliquer, notamment celles distinguant les monnaies d'or et d'argent ou encore les monnaies de billon ou de cuivre.

658. **Fondements de la protection.** Mme le Professeur Michèle-Laure RASSAT rapporte plusieurs fondements à la protection de toutes monnaies et à la répression de toute fabrication illégale. Il convient tout d'abord de punir la contrefaçon ou la falsification en raison du « profit illicite qu'elles procurent ». Par ailleurs, il s'agit de sanctionner une atteinte à l'autorité de l'État. La fabrication illicite de monnaie a nécessairement un impact économique¹²⁵⁴. Ces différents fondements expliquent l'étendue de la protection pénale qui vise toutes monnaies, françaises et étrangères, même celles qui n'ont plus cours légal.

659. **Textes internationaux.** La Communauté internationale lutte depuis longtemps contre la fausse monnaie par une action *a priori* et *a posteriori*. En effet, le faux-monnayage a incontestablement un impact économique. La Convention de Genève du 20 avril 1929, ratifiée par la France le 28 mars 1958¹²⁵⁵ a ainsi organisé dans tous les États membres la répression de la contrefaçon et de la mise en circulation de fausses monnaies commises sur leur territoire. Le texte est également à l'origine des premiers instruments de coopération policière¹²⁵⁶, puisqu'il a permis la création de l'Office central national pour la répression du faux monnayage rattaché à Interpol¹²⁵⁷. Par ailleurs, la Convention européenne du 26 juillet 1995¹²⁵⁸ a créé l'Office européen de police, « Europol »¹²⁵⁹, dont le mandat a été étendu au faux-monnayage,

¹²⁵² L. n° 57-1256 du 11 décembre 1957 autorisant le Président de la République à ratifier la convention internationale du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage.

¹²⁵³ L. n° 68-1035 du 27 novembre 1968 modifiant l'ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958.

¹²⁵⁴ M.-L. RASSAT, *Fausse monnaie*, art. 442-1 à 442-16, J.-Cl. Pénal Code, 2014, fasc. 20, n° 7.

¹²⁵⁵ Publiée par le Décret n° 58-613 du 10 juillet 1958 (JO 22 juillet 1958, p. 6785).

¹²⁵⁶ V. sur ce point M.-L. RASSAT, op. cit., n°7.

¹²⁵⁷ Arr. du 11 septembre 1929 (JO 13 septembre 1929).

¹²⁵⁸ Convention européenne du 26 juillet 1995 (JOCE, n° C 316, 27 novembre).

¹²⁵⁹ Ratifié par la loi n° 97-1089 du 27 novembre 1997 (JO 28 novembre) et publié par le décret n° 99-218 du 15

notamment lors de l'instauration de l'euro, par décision du Conseil européen du 29 avril 1999¹²⁶⁰.

Plus récemment, la directive 2014/62/UE qui remplace la décision-cadre 2000/383/JAI¹²⁶¹ témoigne de la volonté d'une unification effective des législations au niveau européen en vue de permettre une meilleure lutte contre ce fléau qui touche l'économie européenne, les entreprises mais aussi les particuliers. L'harmonisation souhaitée reste limitée par le refus d'une unification des peines par les États. Cependant, elle est équilibrée par un élargissement du champ d'application des sanctions, le durcissement des peines maximales et surtout la coordination des outils d'investigation et de détection pour permettre une véritable coopération des États membres en matière de lutte contre la contrefaçon de la monnaie, qui constitue une criminalité au caractère transfrontalier.

Nous distinguerons la protection suivant quelle concerne des monnaies ayant cours légal (1) ou des monnaies n'ayant plus cours (2).

1) *La protection de la monnaie ayant cours légal*

660. **Notion de cours légal.** Selon une ancienne jurisprudence, le cours légal se réfère à l'obligation imposée par la loi à tous les citoyens d'un État d'accepter les monnaies nationales ou celles qui leur sont légalement assimilées¹²⁶². Ainsi l'euro est-il la monnaie française ayant cours légal selon l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier¹²⁶³. D'ailleurs, le Code pénal prévoit en son article R. 642-3 que le fait de refuser une pièce de monnaie ou un billet de banque ayant cours légal en France est constitutif d'une contravention de 2^{ème} classe¹²⁶⁴.

mars 1999 (JO 23 mars).

¹²⁶⁰Décision du Conseil européen du 29 avril 1999 (JOCE, n° C 149, 28 mai).

¹²⁶¹Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil (JOUE L151 du 21 mai 2014, p. 1).

¹²⁶²Cass. crim., 27 juillet 1883, B. crim. n° 190, S. 1885, 1, 41.

¹²⁶³Décrets n° 2002-191 et 2002-192 du 14 février 2002 (JO n° 40 du 16 février 2002, p. 3030, texte n°8). La cessation du cours légal du franc a été fixée au 17 février 2002 à minuit.

¹²⁶⁴V. toutefois Cass. crim., 14 décembre 2005, B. crim. n° 334, Dr pénal 2006 comm. 57 obs M. VERON. N'est pas poursuivi le responsable d'un magasin qui refuse un billet de 500 euros en paiement d'achats d'un montant de 51,13 euros. En effet, selon l'article L. 112-5 du Code monétaire et financier, « en cas de paiement en billets et pièces, il appartient au débiteur de faire l'appoint ». Par ailleurs, les articles L. 112-6 et L. 112-8 du même Code prévoient que le commerçant peut refuser des paiements en espèce. En outre, le décret n° 2010-662 du 16 juin 2010, fixe un seuil permettant au débiteur de refuser ou non un moyen de paiement en fonction du montant. Ajoutons que si le droit de payer en espèces est protégé par le droit pénal, il en est autrement pour le droit de payer par chèque ou carte bancaire, le législateur n'ayant prévu aucun droit général. Les commerçants restent donc libres de refuser un paiement par monnaie scripturale, à moins d'avoir adhéré à un centre de gestion

661. **Monnaies en attente de mise en circulation.** Le Code pénal, en son article 442-15, protège également la monnaie fabriquée et destinée à être mise en circulation, n'ayant ainsi pas encore cours légal. Un auteur parle de « cours légal par anticipation »¹²⁶⁵. Ce qui explique qu'elles sont assimilées aux monnaies ayant cours légal.

662. **Monnaies étrangères.** Enfin, le droit pénal protège les monnaies françaises - de la France métropolitaine et des DOM TOM¹²⁶⁶ - mais également les monnaies étrangères, dans la mesure où le signe monétaire est reconnu comme monnaie sur le territoire national français¹²⁶⁷. Et la Cour de cassation est venue préciser dans un arrêt du 25 mai 1837¹²⁶⁸ que ce qui détermine la nationalité de la monnaie est l'effigie du Prince représenté sur la monnaie.

2) *Protection de la monnaie n'ayant plus cours légal*

663. **Une protection récente.** Depuis 1968, le législateur prévoit également à l'article 442-3 du Code pénal de protéger la monnaie française ou étrangère n'ayant plus cours légal ou n'étant plus autorisée. Une telle disposition est regrettée par M. le Professeur Wilfrid JEANDIDIER qui considère que le Code pénal « hypertrophie une incrimination dont la raison d'être est la protection de moyens de paiement effectifs et non passés, démodés »¹²⁶⁹.

664. **Une infraction commise contre l'État.** Le Professeur Michèle-Laure RASSAT rapporte que selon le Parlement¹²⁷⁰, « dans l'hypothèse où de fausses pièces démonétisées auraient été vendues au prix des vraies, la qualification d'escroquerie pourrait (...) trouver application ».

L'auteur remarque justement que d'une part, « l'incrimination de l'escroquerie et celle de diffusion de monnaie n'ayant plus cours légal ne reposent nullement sur les mêmes fondements, ne serait-ce que parce que la première est une infraction commise entre particuliers et la seconde

agréé selon l'article 1649 quater E bis du Code général des impôts.

¹²⁶⁵Ce qui explique qu'elles sont assimilées aux monnaies ayant cours légal. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2014, p. 902.

¹²⁶⁶L'article L. 711-1 du Code monétaire et financier pose que l'euro est la monnaie ayant cours légal en Guyane, Martinique, Guadeloupe, Réunion et Mayotte. Selon l'article L. 712-1 du même Code, c'est le franc « CFP » qui circule en Polynésie française, Wallis et Futuna et Nouvelle Calédonie.

¹²⁶⁷Cass. crim., 17 février 1959, B. crim. n° 109.

¹²⁶⁸Cass. crim., 25 mai 1837, S. 1838, 1, 71.

¹²⁶⁹W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris : Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, n° 75, p. 101.

¹²⁷⁰V. Rapp. AN n° 2244, p. 240 (JO 1991).

une infraction directement commise contre l'État ». D'autre part, « la diffusion de monnaies n'ayant plus cours légal ne s'accompagne pas nécessairement d'une manipulation sur la consistance ni d'une dissimulation de la date de fabrication réelle de ces monnaies et que, dans ce cas, il n'y aura pas escroquerie »¹²⁷¹.

665. **Un possible impact économique.** La protection de la monnaie démonétisée semble donc protéger directement les intérêts de l'État car sa fabrication a nécessairement un impact, qui peut parfois rester économique. Comme le conçoit VITU, « l'érosion monétaire incite les épargnants et les spéculateurs à investir leurs ressources dans cette valeur sûre que constitue l'or, en lingots ou en pièces. Si elles n'ont plus cours légal en France depuis une loi du 25 juin 1928, les pièces d'or (« Louis », « Napoléon », « République ») continuent d'avoir un puissant pouvoir attractif car, à poids légal, elles sont payées sensiblement plus cher que les lingots. Cette disparité des cours ne pouvait manquer d'attirer la coupable industrie d'individus qui achètent de l'or en lingots, pour le transformer en pièces placées ensuite sur le marché »¹²⁷².

La protection de titres et autres valeurs fiduciaires constitue une autre manière de préserver la souveraineté de l'État.

B. La protection des titres et autres valeurs fiduciaires

666. **Cohérence textuelle.** Dans l'Ancien droit, les titres et autres valeurs fiduciaires trouvaient protection parmi les infractions de faux¹²⁷³ et la peine était sévère puisque la sanction maximum était la mort. Comme la monnaie, le Code pénal protège aujourd'hui de manière plus cohérente contre les contrefaçons et falsifications ces signes de la puissance publique. Les dispositions n'étendent pas la protection à ceux émis par une institution internationale¹²⁷⁴.

- **Effets émis par le Trésor public ou les États étrangers.** D'une part, l'article 443-1 du Code pénal protège par contre tout autant les effets émis par le Trésor public avec son timbre ou sa marque que ceux émis par les États étrangers avec leur timbre ou leur marque.

¹²⁷¹M-L. RASSAT, *Fausse monnaie*, op. cit., n° 31.

¹²⁷²R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1 : Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 635, p. 497.

¹²⁷³V. notamment M. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, Paris : Debure, 1771.

¹²⁷⁴M-L RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 857, p. 917. Ce que l'auteur estime dommage « compte tenu du développement des institutions européennes ».

- **Timbres-poste, valeurs postales et timbres fiscaux.** D'autre part, l'article 443-2 du Code pénal protège les timbres-poste ou autres valeurs fiduciaires postales, ainsi que les timbres émis par l'administration des finances, à la condition qu'ils aient cours légal et qu'ils soient français¹²⁷⁵ ou étrangers. En effet, selon un arrêt de la chambre criminelle du 30 janvier 2002, « les timbres-poste conservent leur validité et donc leur valeur d'affranchissement (pour la valeur faciale qu'ils comportent) tant qu'ils n'ont pas été oblitérés »¹²⁷⁶. Une telle position se comprend dans la mesure où le texte vise à protéger l'État et non les particuliers¹²⁷⁷, ce qui n'est pas le cas lorsque les timbres sont oblitérés.

M. Michel REDON ajoute qu'« il en est de même pour les timbres postaux ou fiscaux qui n'auraient plus cours légal du fait d'un changement de monnaie et ne seraient plus utilisables ou remboursables par le Trésor »¹²⁷⁸. Cependant, les articles R. 645-10 et suivants du Code pénal protègent des timbres-poste ou autres valeurs fiduciaires postales périmés, français ou étrangers.

Enfin, ajoutons que l'article 443-2 du même Code s'applique également pour tout objet ayant valeur d'oblitération d'un timbre, telles que les vignettes, au regard de l'article R. 1-1-3 du Code des postes et communications électroniques.

Par ailleurs, et toujours aux fins de garantir la confiance publique, le législateur retient de protéger les marques de l'autorité étatique.

C. La protection des marques de l'autorité publique

667. Il convient de distinguer les marques de l'État (1) et celles des autorités ou services publics (2).

¹²⁷⁵T. corr. Seine, 18 décembre 1922, Gaz. Pal. 1923, 1, 59.

¹²⁷⁶Cass. crim., 30 janvier 2002, n° 00-88280, non publié au bulletin, Dr. pén. 2002, comm. 81, note M. VERON ; T. corr. Seine, 18 décembre 1922, préc.

¹²⁷⁷T. corr. Seine, 23 novembre 1895, DP 1897, 2, 313.

¹²⁷⁸M. REDON, *Falsification des titres et marques de l'autorités*, Rép. pén., 2013, n° 7.

1) *La protection des marques de l'État*

668. **Trois marques distinctives et symboliques de l'État.** Selon l'article 444-1 du Code pénal, sont protégés le sceau de l'État et les timbres nationaux - qui confèrent la marque de l'autorité de l'État aux titres et autres valeurs fiduciaires – ainsi que les poinçons servant à marquer des matières d'or, d'argent ou de platine. Ces marques authenticifient les documents émanant directement de l'État et de son administration par le gouvernement.

- **Sceau de l'État.** La rédaction du texte semble protéger le sceau national français et non ceux des États étrangers. Le sceau de l'État, placé sous la garde du ministre de la Justice - désigné à ce titre « Garde des sceaux » - est la marque de l'État apposée sur la Constitution et certains actes du Gouvernement¹²⁷⁹. Plus exactement, comme le rappelle le Professeur RASSAT, deux types de sceaux sont protégés : un grand - reproduit en bosse sur un support de cire attaché à l'acte par un ruban - et un petit - appliqué sur la pièce par un timbre sec¹²⁸⁰.

Par ailleurs, si la chambre criminelle a refusé la protection par l'article 444-1 du Code pénal du sceau avec armoiries d'une commune dans un arrêt du 7 novembre 1974¹²⁸¹, celui-ci se trouve protégé par un décret du 18 mars 1918¹²⁸².

- **Timbres nationaux.** Différents du sceau de l'État, les timbres nationaux indiquent également l'origine étatique de leur support. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 octobre 1843, a précisé qu'un timbre est national lorsqu'il est utilisé, pour les affaires de l'État, par une administration ou par une autorité publique le représentant, et lorsqu'il est conforme au type prescrit par la loi¹²⁸³. Dans une autre décision, elle a considéré que si ces conditions n'étaient pas remplies, le timbre pouvait être simplement celui d'une administration publique¹²⁸⁴.

¹²⁷⁹Prévu par un arrêté du 8 septembre 1848 pris sous la II^{ème} République encore applicable : « à l'avenir, le sceau de l'État portera d'un côté, pour type, la figure de la Liberté et pour légende, au nom du peuple français ; de l'autre côté, une couronne de chêne et d'olivier, liée par une gerbe de blé ; au milieu de la couronne, République française démocratique, une et indivisible, et pour légende, liberté, égalité, fraternité ».

¹²⁸⁰M.-L. RASSAT, *Falsifications des marques de l'autorité*, art. 444-1 à 444-9, J.-Cl. Pénal Code, 2014, fasc. 20, n° 2.

¹²⁸¹Cass. crim., 7 novembre 1974, B. crim. n° 319.

¹²⁸²Loi du 18 mars 1918 réglementant la fabrication et la vente des sceaux, timbres et cachets officiels (JO 20-03-1918 p. 2528).

¹²⁸³Cass. crim., 13 octobre 1843, B. crim. n° 265.

¹²⁸⁴Cass. crim., 28 novembre 1812, B. crim. n° 253, s'agissant d'un timbre de bureau de poste.

Il ressort des différentes décisions rendues, selon BLANCHE et GARCON¹²⁸⁵, que pour protéger un timbre sous l'égide de l'article 444-1 du Code pénal, différentes conditions doivent être réunies : d'une part, le timbre doit être utilisé pour les affaires de l'État par une administration ou une autorité publique habilitée à le représenter (condition expressément prévue par le texte), et d'autre part, il doit répondre au type prescrit par la loi qui le crée¹²⁸⁶. Enfin, le juge pénal l'a plusieurs fois rappelé, les timbres doivent avoir cours légal¹²⁸⁷.

Dans ce sens, seraient protégés les timbres et sceaux des tribunaux, des notaires ou encore des ministres, à condition d'être conformes au type prévu et apposés sur un acte se terminant par la formule exécutoire ; ce que prévoit le décret du 25 septembre 1879¹²⁸⁸. Le Professeur RASSAT ajoute qu'« il en serait de même des timbres secs ou humides apposés par les ministres sur certains actes tels que brevets d'invention et diplômes »¹²⁸⁹. Enfin, se trouvent également protégés les timbres apposés par l'Administration sur le papier timbré. En revanche, le timbre ou cachet d'oblitération des lettres utilisé par un bureau de poste, bien que fourni par le gouvernement et apposé par une administration, n'est pas un timbre national car il ne porte qu'un nom de lieu et une date¹²⁹⁰. Simple timbre d'une administration publique, il est couvert par un autre texte.

- **Poinçons.** Enfin, sont également protégés les poinçons servant à marquer les objets d'or, d'argent ou de platine, qu'ils soient ou non en vigueur. Comme le relève M. REDON, « ils sont destinés à garantir la teneur en métaux précieux »¹²⁹¹. La protection d'un poinçon n'ayant plus cours est justifiée dans la mesure où il certifie toujours l'authenticité de la matière précieuse, notamment pour les collectionneurs et acquéreurs d'objets anciens.

669. **Exclusion des Marteaux de l'État.** En revanche, n'entrent pas dans la protection légale les marteaux de l'État servant aux marques forestières, contrairement à l'ancienne législation. Le Professeur RASSAT explique qu'il s'agit sans doute « d'une modification sociologique

¹²⁸⁵A. BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, Paris : Cosse et Marchal, t. 3, 1888, n° 91.

¹²⁸⁶E. GARCON, *Code pénal annoté*, Paris : Sirey, 1959, art. 140, n°6.

¹²⁸⁷T. corr. Seine, 23 novembre 1895, DP 1897, 2, 313 ; T. corr. Seine, 18 décembre 1922, Gaz. Pal. 1923, 1, 59 ; Cass. crim., 30 janvier 2002, Dr. pénal 2002. 81, obs. M. VERON.

¹²⁸⁸Décret du 25 septembre 1879 relatif au sceau de l'État et aux sceaux, timbres et cachets des cours, tribunaux, justices de paix et notaires (JO du 7 septembre 1870, p. 336).

¹²⁸⁹M-L RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 7.

¹²⁹⁰Cass. crim., 28 novembre 1812, B. crim. n° 253.

¹²⁹¹M. REDON, *Falsification des titres et marques de l'autorités*, op. cit., n° 18.

privant les instruments en question de l'importance qui a pu être la leur à d'autres époques »¹²⁹². Cela étant, selon les articles L. 261-1 et L. 326-4 du Code forestier, ils trouvent protection en tant que marques des autres autorités publiques.

2) *La protection des marques des autorités et services publics*

670. ***Des symboles de l'exercice de l'autorité publique.*** L'article 444-3 du Code pénal protège quant à lui les marques attestant l'authenticité des actes émis par les services administratifs investis de l'autorité publique.

- Sceaux, timbres ou marques d'une autorité publique. L'alinéa 1 de cet article prévoit la protection des sceaux, timbres ou marques d'une autorité publique et plusieurs décisions sont intervenues pour préciser l'application de ce texte. Sont protégés notamment tous les signes officiels apposés sur un acte émanant d'une autorité publique par une personne exerçant une fonction publique¹²⁹³. Autrement dit, la protection vise toutes les marques de l'autorité publique apposées au nom du gouvernement¹²⁹⁴. Tel est le cas du sceau d'un juge d'instruction ou d'un magistrat du parquet, d'une préfecture¹²⁹⁵ ou encore celui d'un service de répression des fraudes sur un prélèvement aux fins d'analyse¹²⁹⁶.

Enfin, selon un arrêt du 13 février 1969¹²⁹⁷, cette protection s'applique également aux marques n'ayant plus cours, issues d'un ancien gouvernement. Toutefois, ne sont pas protégés par ce texte les sceaux portant armoiries d'une commune¹²⁹⁸.

- Papiers à en-tête ou imprimés officiels. L'alinéa 2 de l'article 444-3 du Code pénal prévoit la protection des papiers à en-tête ou imprimés officiels utilisés dans les assemblées instituées par la Constitution, les administrations publiques et les juridictions. Par assemblées, il faut entendre l'Assemblée nationale, le Sénat, les conseils généraux¹²⁹⁹, régionaux et

¹²⁹²M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 10.

¹²⁹³T. corr. Seine, 4 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962, 1, 364.

¹²⁹⁴Cass. crim., 4 mars 1954, D. 1954. 242, note F. G. ; S. 195, 1, 30 ; RSC 1954. 541, obs. HUGUENEY ; Cass. crim., 18 juillet 1963, B. crim. n° 259, D. 1963. 604, Gaz. Pal. 1964, 1, 70.

¹²⁹⁵Cass. crim., 28 février 1957, RSC 1957. 372, JCP 1957, II, 9856.

¹²⁹⁶Cass. crim., 3 décembre 1927, S. 1929, 1, 119.

¹²⁹⁷Cass. crim., 13 février 1969, B. crim. n°79, D. 1969. 269, rapp. ESCOLIER, RSC 1969. 660, obs A VITU.

¹²⁹⁸Cass. crim., 7 novembre 1974, B. crim. n° 319.

¹²⁹⁹On parle aujourd'hui du conseil départemental depuis la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (JO n° 0181 du 8 août 2015, p. 13705).

territoriaux. Cependant, le texte ne distingue pas selon l'ordre des juridictions.

Pour prétendre à la protection, la formule doit relever de la compétence exclusive de certaines administrations et officiers ministériels. Ne saurait donc être protégé le logo figurant un temple à colonnes évoquant celui en usage d'un tribunal de grande instance, utilisé par un cabinet de recouvrement sur son papier à en-tête¹³⁰⁰.

- *Estampilles et marques d'inspection sanitaire*. Enfin, l'alinéa 3 du même article prévoit de protéger les estampilles et marques attestant l'intervention des services d'inspection ou de surveillance sanitaire de la France ou d'un pays étranger¹³⁰¹.

671. *Pour conclure sur la protection des signes publics concernant directement l'État*. L'ensemble de ces textes témoigne de la volonté du législateur de garantir l'authenticité des marques de la puissance publique de l'État et on relève peu de décisions récentes en ce domaine, ce qui montre éventuellement l'effet dissuasif du droit pénal.

Par ailleurs, la protection pénale vise certains actes et autres supports d'expression de la pensée, de nature publique ou privée, dont la fabrication frauduleuse pourrait atteindre les intérêts de l'État.

Paragraphe 2. La protection des écrits et autres supports d'expression de la pensée à valeur probatoire

672. *Des faux*. Parmi les incriminations relatives à l'atteinte à la confiance publique, ce sont les infractions de **faux** qui précisent les actes et autres supports de la pensée protégés pénalement, en raison de leur **valeur probatoire**. D'abord classé parmi les « crimes et délits contre les particuliers » dans le Code de 1791, le faux en 1810 se retrouve au sein des « crimes et délits contre la paix publique ». Et aujourd'hui, on ne dénombre pas moins de six incriminations qui diffèrent suivant la nature du support protégé et qui constituent des « crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique » et plus particulièrement des « atteintes à la confiance publique ».

C'est donc leur valeur probatoire au regard de la confiance publique qui caractérise tous

¹³⁰⁰CA Paris, 18 novembre 1992, JurisData n° 1992-023355.

¹³⁰¹CA Toulouse, 22 mars 2001, JurisData n° 2001-148008, s'agissant pour le directeur d'un atelier de découpage de viande de persister à user d'une estampille sanitaire alors que l'agrément ait été retiré de son établissement.

les documents et autres supports de la pensée protégés par l'article 441-1 du Code pénal (A). Une protection spéciale est prévue aux articles 441-2 et suivants du même Code pour les actes délivrés par les autorités publiques (B).

A. La protection large des actes et supports d'expression de la pensée à valeur probatoire

673. ***Le faux général.*** L'article 441-1 du Code pénal protège tous les supports d'expression de la pensée qui possèdent une valeur probatoire et qui ne sont pas couverts spécifiquement par les articles 441-2 à 441-7 du même Code. On parle alors de faux général. Ce texte diffère de l'ancienne incrimination de faux en écriture privée, de commerce ou de banque dans la mesure où il est plus large. C'est pourquoi il suscite quelques interrogations quant à sa compréhension, tant sur les objets de sa protection (1) que sur leur valeur probatoire (2).

1) ***Un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée***

674. L'article 441-1 du Code pénal concerne des écrits et autres supports de la pensée. Il convient de préciser ce que recouvrent précisément ces deux notions.

675. ***L'écrit protégé.*** De la difficulté d'interpréter le terme « écrit » est né un débat doctrinal sur plusieurs points.

D'une part, les auteurs se divisent quant au fait de savoir si l'« écrit » désigne le contenu - l'écriture - ou le contenant - le support. Pour certains, il paraît contestable d'envisager l'écrit comme support¹³⁰², le texte prévoyant de sanctionner, au-delà de l'écrit, tout autre support d'expression de la pensée. MERLE et VITU définissent ce terme comme « tout signe ou ensemble de signes matériels, visibles et permanents, servant à l'expression, la fixation et la transmission de la pensée »¹³⁰³. L'écrit serait donc plutôt le « moyen de communication ». Pour d'autres, il renvoie plutôt au document¹³⁰⁴.

D'autre part, la doctrine se questionne quant à l'écriture utilisée sur le support. Là encore, pour certains auteurs, l'écriture doit être tracée et relever du langage, comprenant des lettres et

¹³⁰²En ce sens V. MALABAT, *Faux*, op. cit., n° 10 et s.

¹³⁰³R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 1196, p. 936.

¹³⁰⁴M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1085, p. 1176.

des chiffres mais en aucun cas des signes¹³⁰⁵. Pour d'autres, la loi n'impose aucune condition restrictive quant à l'écriture qui peut admettre des signes tracés, des dessins, etc.¹³⁰⁶. DONNEDIEU DE VABRES avait notamment proposé de faire la distinction entre l'écrit, qui renferme une expression de la pensée qui se suffit à elle-même, et les autres choses qui peuvent avoir une « valeur indiciale », c'est-à-dire valoir comme indice d'un fait extérieur à elles, en raison d'une disposition de la loi, de la coutume ou d'un accord de volonté et ainsi exprimer une pensée mais uniquement par référence à cette circonstance extérieure¹³⁰⁷. Dans les faits, la jurisprudence semble adopter une démarche pragmatique et admettre ou refuser de tels signes¹³⁰⁸, selon les circonstances¹³⁰⁹.

Enfin si pour certains auteurs l'écriture doit nécessairement être visible¹³¹⁰, pour d'autres elle doit être protégée si elle est au moins lisible¹³¹¹.

Au-delà de ces questionnements et différentes interprétations, on peut toutefois considérer de manière certaine que « l'écrit » ne doit en aucun cas être éphémère, puisqu'il donnera lieu à une comparaison des documents originaux et contrefaits¹³¹². Par ailleurs, l'écriture doit être interprétable et compréhensible.

676. *Les autres supports de l'expression de la pensée.* L'article 441-1 du Code pénal étend la protection à tous les « autres supports » de l'expression de la pensée, ce qui permet incontestablement d'élargir son application aux nouveaux moyens de communication, tels que les enregistrements audio ou visuels, les supports de stockage ou encore les documents informatiques. Cela étant, là encore, des difficultés d'appréciation ont pu apparaître, notamment parce que certains d'entre eux ne peuvent prétendre remplir la condition, imposée par le texte, d'être support de l'expression de la pensée.

¹³⁰⁵En ce sens V. MALABAT, op. cit., n° 10 et s.

¹³⁰⁶En ce sens M.-L. RASSAT qui relève que dans le cas contraire le braille, hiéroglyphes, et autres écritures idéologiques ne trouveraient pas protection (M.-L. RASSAT, op. cit., n° 1085, p. 1176).

¹³⁰⁷H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, 1943, Sirey, pp. 68 et 69.

¹³⁰⁸CA Paris, 5 mars 1854, D. 1855, 2, 30.

¹³⁰⁹Cass. crim., 19 décembre 1974, B. crim., n° 378, RSC 1975.690, obs. A. VITU, s'agissant de signes d'oblitération d'un titre de transport ; V. également Cass. crim., 28 mai 1846, (cité par DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., pp. 68-69) ; V. également R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., pp. 99 et 100, s'agissant de signes conventionnels tracés sur une fiche et constatant la vente de marchandises.

¹³¹⁰V. MALABAT, *Faux*, op. cit., n° 12.

¹³¹¹M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 1179.

¹³¹²Le document informatique ne saurait être éphémère. Il peut être vérifié, la difficulté tenant surtout au mode de preuve.

677. Au regard de ces difficultés, Mme le Professeur Valérie MALABAT considère justement que « la formulation retenue par l'article 441-1 du Code pénal n'est alors sans doute pas adaptée à la volonté du législateur et il aurait été plus juste de viser la falsification des documents écrits quel qu'en soit le support, papier ou autre »¹³¹³. Et cela d'autant plus que le texte conditionne la protection de ces documents à leur valeur probatoire.

2) *Une valeur probatoire*

678. **La preuve d'un droit ou d'un fait.** L'article 441-1 du Code pénal protège tout support de l'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 ».

DONNEDIEU DE VABRES distingue ainsi deux types de documents ayant une valeur probatoire, selon qu'ils ont initialement pour objet ou indirectement l'effet de prouver un droit ou un fait sur le plan juridique. La doctrine parle alors de « **documents d'origine** » et de « **documents de hasard** » ou « de circonstance ». Les premiers sont ceux destinés dès leur confection à faire la preuve d'un droit ou d'un fait. Les seconds possèdent une autre finalité initiale mais par le hasard des choses présenteront une valeur probatoire « par destination »¹³¹⁴. Autrement dit, sont protégés les documents valant titre *ab initio* ou *a posteriori*.

679. **Un document valant titre ab initio.** Constituera donc un « document d'origine valant titre » tout document établissant la preuve de faits ayant des conséquences juridiques¹³¹⁵. Parmi eux, citons les contrats¹³¹⁶ ou tout autre acte juridique ainsi que les documents relatant des faits juridiques tels que les constats amiables d'accident de la route¹³¹⁷, le chèque de guichet¹³¹⁸, etc. Ces documents sont de plein droit considérés comme valant titres et c'est bien pour préserver la confiance en leur valeur probatoire qu'il est nécessaire de les protéger.¹³¹⁹

680. **Un document valant titre a posteriori.** Selon le Professeur Emmanuel DREYER, « la portée de certains documents s'apprécie moins en elle-même qu'au regard de l'usage auquel ils

¹³¹³V. MALABAT, *Faux*, op. cit., n° 14.

¹³¹⁴E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Paris : Ellipses, 2012, 2^{ème} éd., n°1116, p. 497.

¹³¹⁵Cass. crim., 7 septembre 2005, DP 2005, n° 176.

¹³¹⁶Cass. crim., 26 février 1990, B. crim. n° 94.

¹³¹⁷Cass. crim., 1^{er} juin 1981, B. crim. n°177.

¹³¹⁸Cass. crim., 3 janvier 1991, B. crim. n° 2.

¹³¹⁹E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1117, p. 497.

sont destinés »¹³²⁰. La chambre criminelle dans un arrêt du 12 novembre 1998 a considéré qu'une fausse attestation sur laquelle la signature d'un salarié avait été reproduite par décalquage¹³²¹, et présentée en photocopie, pouvait constituer un faux titre dès lors qu'elle était « de nature à établir la preuve d'un droit et à entraîner des effets juridiques »¹³²². Ce qui constitue une exception à la règle puisque ces attestations sont normalement protégées par l'article 441-7 du Code pénal, à moins, comme dans cet exemple, d'être utilisées dans des circonstances qui leur confèrent une valeur probatoire¹³²³.

Tel pourrait être le cas d'un *curriculum vitae*¹³²⁴ ou encore d'une demande de permis de construire faussement attribuée à un architecte et porteuse d'une signature contrefaite¹³²⁵. En effet, ces documents ne sont pas, à l'origine, probatoires mais simplement les exposés l'un, d'une expérience et l'autre, d'une requête¹³²⁶.

681. **Exclusions des documents ne valant pas titre.** En revanche, ne présentent pas de valeur probatoire les déclarations unilatérales sujettes à contrôle comme la demande d'inscription sur une liste électorale¹³²⁷, la fausse déclaration de domicile¹³²⁸, ou encore les notes de frais¹³²⁹. La cour de Paris a dans ce sens considéré dans un arrêt du 1^{er} juin 1948 qu'un télégramme signé d'un faux nom ne constituait pas un faux dans la mesure où il s'agissait d'un engagement unilatéral de volonté, de sorte que l'écrit constatant faussement l'engagement ne pouvait valoir titre¹³³⁰.

682. Pour l'incrimination du faux général, il conviendra donc, pour le juge, de rechercher si le document vaut effectivement titre, dès l'origine ou du fait du hasard. Cette appréciation de la valeur probatoire ne sera pas nécessaire pour les documents qui la possèdent par nature et qui sont spécialement protégés par le Code pénal.

¹³²⁰E. DREYER, id., n° 1118 p. 498.

¹³²¹ Remarquons que c'est un comportement d'imitation personnelle, celle de la signature du salarié, qui avait permis de fabriquer le faux.

¹³²²Cass. crim., 12 novembre 1998, B. crim. n° 298, DP 1999, n° 37, obs. M. VERON.

¹³²³V. en ce sens E. DREYER, op. cit., n° 1118, p. 498

¹³²⁴Cass. crim., 5 décembre 2012, n°12-81121, non publié au bulletin.

¹³²⁵Cass. crim., 13 octobre 1999, D. 2000, IR, 5.

¹³²⁶V. par ex. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Une fausse demande de permis de construire porte préjudice à l'architecte au nom duquel elle est faite*, RDI 2000, p. 103 obs. Cass. crim., 13 octobre 1999, préc.

¹³²⁷Cass. crim., 7 mars 2012, n°11-82002, non publié au bulletin.

¹³²⁸Cass. crim., 7 mars 1972, B. crim. n° 86, D. 1972. 341.

¹³²⁹Cass. crim., 12 décembre 1977, B. crim. n° 393.

¹³³⁰CA Paris, 1^{er} juin 1948, S. 1948. 2, p. 164.

B. La protection spéciale des actes délivrés par les autorités publiques

683. ***Les faux dits spéciaux.*** Le législateur choisit de protéger de manière autonome certains documents qui ont par nature une valeur probatoire aux articles 441-2 et 441-4 du Code pénal. Il a également prévu une protection des attestations et certificats à l'article 441-7 du même Code.

- ***Les documents délivrés par les administrations.*** Si l'article 153 de l'ancien Code pénal énumérait les différents supports admis comme des documents administratifs, aujourd'hui, l'article 441-2 du Code pénal vise simplement tout document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation. Or les avis des auteurs restent partagés quant à cette nouvelle formulation. Si certains estiment qu'il n'y a aucune différence entre les deux textes¹³³¹, d'autres considèrent que l'ancienne rédaction par énumération permettait une meilleure distinction entre documents administratifs et documents publics.

La protection par l'article 441-2 apparaît évidente pour les cartes grises¹³³², les permis de conduire¹³³³, les permis de chasse¹³³⁴ ou encore les permis de construire¹³³⁵. Néanmoins, l'incertitude demeure pour certains documents, par exemple un extrait d'acte de naissance délivré par un guichet communal d'état civil. Bien que délivré par une administration publique aux fins de constater une identité, jusqu'à présent cet écrit était considéré comme public et authentique et non comme un document administratif.

- ***Les actes publics ou authentiques.*** C'est l'article 441-4 du Code pénal qui prévoit plus particulièrement la protection des écritures publiques ou authentiques ou des enregistrements ordonnés par l'autorité publique. D'une part, l'écriture publique est celle rédigée par un représentant de l'autorité publique agissant dans l'exercice de ses fonctions. D'autre part, l'écriture authentique est celle rédigée par des officiers publics ou ministériels habilités par la loi à recevoir certains actes ou à faire certaines constatations. Selon le Professeur Yves MAYAUD, « les écritures authentiques et publiques sont non pas protégées en raison de leur

¹³³¹ V. en ce sens V. MALABAT, *Le faux*, op. cit., n° 128 ; Contra. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1801 et s.

¹³³² Cass. crim., 7 décembre 1965, D. 1966, somm. 59.

¹³³³ Cass. crim., 8 novembre 1972, B. crim. n° 331.

¹³³⁴ Cass. crim., 3 octobre 2000, n° 99-86628, non publié au bulletin.

¹³³⁵ Cass. crim., 15 mars 1995, B. crim. n° 109.

force probante, mais seulement en raison de leur sincérité présumée et de leur **crédibilité intrinsèque** »¹³³⁶. Enfin, les enregistrements visés par le texte sont ceux ordonnés par une autorité publique. Ils peuvent être sonores, visuels ou encore audiovisuels. L'auteur les présente, avec les écritures précédentes, comme des « **signes de vérité** », au « nom de l'ordre public, lequel impose un minimum de confiance pour la sécurité et la probité des rapports sociaux. Ils provoquent ainsi nécessairement la confiance de chacun, et leur crédibilité est inhérente à l'origine légale ou réglementaire de leur aménagement : parce qu'ils sont porteurs d'une vérité imposée et garantie, cette crédibilité leur est naturellement sous-jacente »¹³³⁷.

Là encore, une partie de la doctrine reste perplexe quant à la distinction des actes publics et authentiques. Certains auteurs nient son intérêt et préfèrent distinguer plus précisément quatre catégories d'actes¹³³⁸ : les actes politiques, les actes judiciaires, les actes extra-judiciaires et les actes administratifs. Les premiers constituent les actes émis par les autorités politiques, législatives ou gouvernementales, tels que les lois et décrets. Les seconds concernent les décisions de justice, les sentences arbitrales, les actes de procédures, les procès-verbaux, etc.¹³³⁹. Les troisièmes sont globalement les écritures authentiques. Les derniers, enfin, sont les actes ne permettant ni de constater un droit, une identité ou une qualité ni d'accorder une autorisation, tels que les écritures fiscales, etc.¹³⁴⁰.

- Les attestations et certificats revêtus d'une signature authentique. L'article 441-7 du Code pénal protège les attestations et certificats, sans pour autant les définir. Pourtant, comme le relève le Professeur Valérie MALABAT, « le caractère spécial de l'infraction de faux certificat est en effet bien précisé par le texte d'incrimination qui ne sanctionne le faux certificat qu' « indépendamment des cas prévus au présent chapitre » et en fait ainsi une incrimination subsidiaire »¹³⁴¹. Selon le Professeur Michèle-Laure RASSAT, ces documents sont ceux « dans lequel une personne atteste de quelque chose qu'elle est censée connaître : certificat de travail, d'hébergement, certificat médical, feuille de soins, attestation à produire en justice, etc »¹³⁴². Dans ce sens ne sauraient être protégés les certificats et attestations exprimant de simples

¹³³⁶Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Lyon : Editions l'Hermès, 1979, n° 36, p. 39.

¹³³⁷Y. MAYAUD, *id.*, n° 29, p. 33.

¹³³⁸R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 3., *op. cit.*, p. 938.

¹³³⁹V. sur ce point V. MALABAT, *faux*, *op. cit.*, n° 118.

¹³⁴⁰V. MALABAT, *op. cit.*, n° 120.

¹³⁴¹V. MALABAT, *id.*, n° 127.

¹³⁴²M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1099, p. 1197.

avis¹³⁴³ ou projets¹³⁴⁴ car l'incrimination de faux impose qu'il puisse être établi que les « documents font état de faits matériels inexacts »¹³⁴⁵.

Plus précisément, ces documents doivent présenter une valeur probatoire, que le juge n'aura pas à constater, et être **signés par la personne qui affirme les faits** qui peuvent être inexacts¹³⁴⁶. Le Professeur MALABAT précise que si aucune signature n'est présente ou si la signature est fausse, « l'écrit ne présente toujours pas la valeur probatoire nécessaire pour pouvoir être considéré comme un certificat ou une attestation : le document qui n'est pas revêtu d'une signature authentique n'est pas destiné à faire état de faits objectifs et ne peut donc tomber sous le coup de l'article 441-7 du Code pénal »¹³⁴⁷.

684. **La limitation des supports.** Le texte ne semble pas restreindre son application aux seuls supports écrits¹³⁴⁸. Toutefois, la chambre criminelle a limité elle-même le support puisqu'elle a considéré, dans un arrêt du 21 février 1985 que « la seule fourniture de renseignements oraux, à les supposer inexacts, ne saurait constituer, à l'égard de celui qui les a procurés, l'établissement d'attestations ou de certificats »¹³⁴⁹ inexacts. Cette solution se comprend dans la mesure où le texte, à la différence de l'article 441-1, n'étend pas la protection « à tout autre support d'expression de la pensée ». En revanche, peu importe la forme du certificat ou de l'attestation. Dans ce sens, le juge pénal a appliqué le texte d'incrimination pour une lettre¹³⁵⁰ ou encore un certificat médical¹³⁵¹.

685. **La protection spéciale des documents d'identité ou de voyage.** Enfin, l'article 441-8 du Code pénal, prévoit la protection de tout document d'identité ou de voyage appartenant à un

¹³⁴³Cass. crim., 16 mars 1994, B. crim. n° 104.

¹³⁴⁴Cass. crim., 18 février 2003, B. crim. n° 39.

¹³⁴⁵V. MALABAT, op. cit., n° 128.

¹³⁴⁶Cass. crim., 15 mars 2000, B. crim. n°117, DP 2000, n° 86, obs M. VERON ; V. également B. BOULOC, *Faux spéciaux. - Attestation ou certificat inexact. Établissement et usage. Éléments constitutifs. Signature. Nécessité*, RTD com. 2000. p. 1026. La chambre criminelle est intervenue dans un arrêt du 15 mars 2000 pour affirmer que le document faisant état de faits matériellement inexacts devait comporter la signature authentique de son auteur. A défaut, il ne s'agit plus d'une fausse attestation au sens de l'article 441-7, mais éventuellement d'un faux par imitation de la signature d'autrui au sens de l'article 441-1 du Code pénal. M. B. BOULOC pense à la qualification d'escroquerie, dans la mesure où il peut y avoir manœuvre par production de documents photocopiés ou truqués (B. BOULOC, *Faux spéciaux. - Attestation ou certificat inexact. Établissement et usage. Éléments constitutifs. Signature. Nécessité*, RTD com. 2000. p. 1026).

¹³⁴⁷V. MALABAT, op. cit., n° 128.

¹³⁴⁸V. en sens inverse G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON, *Code pénal commenté*, Paris : Dalloz.

¹³⁴⁹Cass. crim., 21 février 1985, n°84-91867, B. crim. n° 84.

¹³⁵⁰T. corr. Seine, 28 avril 1965, RSC. 1965, 876, obs. L. HUGUENEY.

¹³⁵¹Cass. crim., 22 mars 1989, B. crim. n° 147.

tiers. Cette disposition est spécifique puisqu'elle permet d'incriminer l'usage de ces écrits aux fins d'entrer ou se maintenir sur le territoire de l'espace Schengen ou d'obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage.

686. ***Pour conclure sur les signes publics.*** Qu'ils soient utilisés dans la sphère juridique conventionnelle, économique et financière ou encore politique, il apparaît que le législateur protège tous les signes, écrits ou autres supports de l'expression de la pensée dont **la véracité** est indispensable pour garantir les échanges sociaux. Hormis ceux que nous avons étudiés, nous pourrions encore citer la protection des chèques ou tout autre instrument de paiement¹³⁵². D'une part, sont visés les « signes publics » *stricto sensu* – monnaie, titres et autres valeurs fiduciaires, marques de l'autorité publique – mais également les écrits et documents publics et authentiques. Du fait même de leur nature publique, le législateur n'impose aucune condition de forme. Leur protection existe par essence car leur authenticité est présumée. En revanche et d'autre part, en ce qui concerne les écrits et autres supports de la pensée de nature privée, le juge devra vérifier s'ils ont pour effet ou s'ils peuvent avoir pour effet la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

La protection de la monnaie, signe de la souveraineté de l'Etat et des écrits ou autre support ayant une valeur probatoire garantit la pérennité de la confiance publique ; mais c'est pour préserver la confiance d'un public particulier que le législateur protège par le droit de la propriété intellectuelle des choses telles que les marques de fabrique, de commerce ou de service.

II. Les instruments de protection de la confiance du public dans le Code de la propriété intellectuelle : exemple de la marque de fabrique, de commerce ou de service

687. ***Délimitation de l'étude.*** La loi établit des signes distinctifs de l'entreprise tels que le nom commercial, l'enseigne et la dénomination sociale, ainsi que les appellations d'origine, les marques et indications de provenance. Ceux-ci permettent de distinguer les produits ou services, mais nous analyserons à titre d'exemple plus particulièrement la marque de fabrique, de

¹³⁵²V. Art. L. 163-3, L. 163-4 et L. 163-4-1 C. mon. fin.

commerce ou de service. Ainsi, l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la protection de la marque de fabrique, de commerce ou de service servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.

688. ***La définition de la marque de fabrique, de commerce ou de service.*** M. le Professeur Jérôme PASSA définit la marque « comme un signe distinctif dont l'usage est réservé par la loi à une personne pour la désignation dans le commerce des produits ou services visés dans l'enregistrement »¹³⁵³. Elle est un attribut des entreprises qui leur permet de singulariser leurs produits et leurs services aux yeux du public. Dans ce sens, à la différence des autres branches du droit de la propriété intellectuelle¹³⁵⁴, elle ne peut être entendue comme une création « pure »¹³⁵⁵ ; les titulaires du droit des marques ne sont pas à considérer comme des créateurs.

689. ***La fonction de la marque de fabrique, de commerce ou de service.*** La loi n'impose pas que la marque garantisse la qualité du produit ou service¹³⁵⁶. La marque remplit cependant différentes fonctions. D'une part, d'un point de vue économique, elle distingue les produits ou services aux yeux du public et peut « servir d'instrument de marketing et de publicité »¹³⁵⁷. D'autre part, d'un point de vue juridique, la marque permet de différencier les produits et services de son titulaire par rapport à ceux de ses concurrents¹³⁵⁸. Car le droit offre au titulaire de la marque un droit exclusif d'exploitation de celle-ci et sanctionne tout acte accompli sans le consentement du titulaire. Cette disposition a pour conséquence de « de garantir que tous les produits ou les services qui portent une même marque ont une origine industrielle ou commerciale commune »¹³⁵⁹ notamment pour le consommateur. Ainsi, la marque s'adresse d'abord à la clientèle, même si elle permet « d'organiser les relations des concurrents entre eux

¹³⁵³J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, Paris : LGDJ Lextenso éditions, 2009, 2^{ème} éd., t. 1, n° 33, p. 40.

¹³⁵⁴V. *supra* n° 456 et s.

¹³⁵⁵V. en ce sens P. TREFINGY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, op. cit., n°, p. 92.

¹³⁵⁶CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal, aff. C-487/07, PIBD 2009, 902, III, 1305 (point 59).

¹³⁵⁷F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, Paris : Economica, 2010, n°1294, p. 710.

¹³⁵⁸J. PASSA, op. cit., n° 34, p. 41. L'auteur note que « puisque la marque est seulement le signe objet du droit, on devrait plutôt parler de titularité ou validité d'un droit de marque. L'expression habituelle est cependant commode, couramment admise et au surplus employé dans les textes ».

¹³⁵⁹J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, op. cit., n° 34, p. 41.

au sujet des signes qu'ils apposent sur leurs produits ou leurs services »¹³⁶⁰.

690. **Principe de spécialité**¹³⁶¹. Le droit limite le monopole d'exploitation de la marque au secteur de spécialité du titulaire de celle-ci. En effet, ce n'est pas le signe qui est protégé en soi mais l'association du signe à un produit ou service. Dans ce sens, « le titulaire ne peut prétendre monopoliser l'utilisation du signe dans d'autres secteurs d'activité »¹³⁶². La protection de la marque ne s'étend donc pas à n'importe quelle utilisation. On parle alors de « principe de spécialité » : le même signe pourra tout à fait être utilisé pour des produits ou services différents, mais pas pour tous. Et c'est bien la fonction de la marque qui explique cette solution. Réserver la marque à des produits ou services de même spécialité permet de préserver à cette marque une identité, facilement repérable par le public parmi tous les concurrents de l'entreprise.

En outre, tout signe ne peut faire l'objet d'une marque, et le législateur pose différentes conditions de fond (Paragraphe 1) et de forme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conditions de fond de la marque de fabrique, de commerce ou de service

691. **Diverses catégories de marques.** Le législateur prévoit de protéger différentes catégories de marques. La **marque de fabrique** est celle que le fabricant appose sur les produits qu'il fabrique et commercialise. La marque de commerce ou **marque de distribution** est apposée par le distributeur, au côté ou non de la marque de fabrique. La **marque de service** distingue le service proposé par certaines entreprises, telles une banque ou encore une compagnie aérienne.

692. Les articles L. 711-1 à L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoient quatre éléments constitutifs de la marque. Le signe doit être susceptible d'une représentation

¹³⁶⁰J. PASSA, *ibid.* ; V. également P. VIVANT, *Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque ?*, Gaz. Pal. n° 311, 2008, p. 18. M. VIVANT remarque justement que « le droit de propriété est conféré à la marque en raison de cette fonction d'origine du produit et ainsi de distinction avec les produits concurrents. Or, lorsqu'un tiers vient contrefaire la marque dans la vie des affaires, c'est cette fonction qui est en danger » ; V. en complément G. BONET, *Droit national de marque et application du Traité de Rome - Libre concurrence - Libre circulation des marchandises*, J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, 2005, fasc. 7600, n° 9.

¹³⁶¹V. Sur ce point A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Paris : Litec, 2004, n° 546 et s.

¹³⁶²F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1298, p. 713.

graphique¹³⁶³ (A), distinctif (B), licite (C) et disponible (D).

A. Un signe susceptible de représentation graphique

693. *L'exigence d'une représentation graphique de la marque.* Selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle, pour qu'un signe puisse servir de marque, il doit pouvoir être représenté visuellement¹³⁶⁴. Une telle caractéristique présente deux intérêts. D'une part, le Professeur Jérôme PASSA relève qu'une « représentation précise du signe permet, tout d'abord, de déterminer l'objet et la portée exacte du droit exclusif conféré au titulaire de la marque enregistrée. Elle est ensuite, indispensable aux autorités publiques compétentes en matière de marques, ainsi qu'aux opérateurs économiques concurrents »¹³⁶⁵. D'autre part, « comme la marque a pour fonction de garantir dans le temps l'identité d'origine de produits ou services et qu'elle peut être protégée pour une très longue durée par le jeu de renouvellements successifs, le signe doit faire l'objet d'une perception constante et sûre et pouvoir être représenté de manière durable »¹³⁶⁶.

Doit être possible une identification de la consistance du signe. Le texte propose alors une liste non exhaustive de signes pouvant faire l'objet d'une marque : des signes sonores¹³⁶⁷,

¹³⁶³ On notera que le Règlement des marques de l'Union européenne 2017/1001 a supprimé l'exigence de représentation graphique pour les marques de l'Union européenne et qu'il est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2017.

¹³⁶⁴ Art. L. 711-1 C. prop. int. ; V. également Art. 2 directive et Art. 4 du Règlement du Conseil n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire.

¹³⁶⁵ J. PASSA, op. cit., n° 72, p. 71.

¹³⁶⁶ Ibid.

¹³⁶⁷ Les marques sonores sont composées de sons ou de phrases sonores. Concernant leur représentation graphique, la Cour de justice est intervenue pour donner des éclaircissements. Dans un arrêt *Shield Mark c. Joost Kist* en date du 27 novembre 2003 (CJCE 27 nov. 2003, aff. C.283/01, Rec. I, p. 14313, D. 2004 p.63 ; Prop. intell., avril 2004 p. 662, obs. Medrano-Caballero), elle a considéré qu'une marque était valable, sous réserve des autres conditions, « lorsque le signe est représenté au moyen d'une portée divisée en mesures sur laquelle figurent, notamment, une clé, des notes de musique et des silences dont la forme indique la valeur relative et, le cas échéant, des altérations ». En revanche, ne suffit pas la représentation « au moyen d'une description recourant au langage écrit, telle que l'indication que le signe est constitué de notes constituant une œuvre musicale connue ou l'indication qu'il est le cri d'un animal ou au moyen d'une simple onomatopée sans autre précision ». La représentation doit donc être claire et précise, dépourvue de subjectivité.

nominatifs¹³⁶⁸, figuratifs¹³⁶⁹ ou encore olfactifs¹³⁷⁰ dans la limite où ils peuvent être représentés graphiquement. Une marque peut d'ailleurs être complexe, c'est-à-dire être combinée de plusieurs éléments, un logo et une phrase par exemple.

Le signe doit en outre posséder un caractère distinctif incontestable.

B. Un signe distinctif

694. ***Signes distinctifs et non distinctifs.*** La condition de distinctivité du signe est posée par l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle. Le signe n'est valable que s'il distingue suffisamment les produits ou services de son titulaire par rapport à ceux de ses concurrents.

Le législateur indique une liste de signes qui sont dépourvus de cette qualité, en particulier ceux qui constituent la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service et ceux qui permettent de désigner une caractéristique de ces derniers¹³⁷¹.

¹³⁶⁸ Les marques nominales ou verbales sont écrites et prononçables. Elles peuvent être composées de termes, sous toutes les formes, selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle, « telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographique, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles », etc. Concernant le patronyme – voire exceptionnellement le pseudonyme - un risque de confusion peut naître de l'existence d'une homonymie. La jurisprudence a alors considéré que « si le nom patronymique d'une famille donne à ses membres le droit de s'opposer à toute appropriation induite par un tiers au même titre de nom patronymique, il est nécessaire [...] lorsque le nom est utilisé à des fins commerciales ou publicitaires, que le demandeur justifie de l'existence d'une confusion à laquelle il a intérêt à mettre fin » (Cass. 1^{ère} civ., 19 décembre 1967, D. 1968, jurispr. p. 277).

¹³⁶⁹ Enfin, les marques figuratives peuvent être composées de dessins ou modèles, logos, couleurs, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, images de synthèse ou toute autre forme.

¹³⁷⁰ S'est posée une question préjudicielle à la Cour de justice concernant la validité d'une marque olfactive. En l'espèce, il s'agissait d'une marque déposée représentée par une formule chimique et une description de l'odeur : « balsamique fruitée avec une légère note de cannelle ». La Cour a considéré dans un arrêt du 12 décembre 2001 qu'une marque peut être constituée par « un signe qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement, à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective » (Question préjudicielle posée à la Cour de justice, CJCE, 12 décembre 2002, Rec. p. I-11737 ; PIBD 2003, n°759, III, 125). En revanche, la Cour précise qu'« une formule chimique, une description au moyen de mots ou le dépôt d'un échantillon d'une odeur ne sont pas susceptibles de remplir, en eux-mêmes, [et] les exigences d'une représentation graphique, la combinaison de ceux-ci ne serait pas non plus de nature à satisfaire à de telles exigences, notamment celles de clarté et de précision ». Cette solution nous indique que ni une formule chimique, qui fournit la composition moléculaire d'une substance - mais pas sa sensation olfactive -, ni une description de l'odeur, nécessairement approximative et subjective, ne sauraient remplir les conditions d'exactitude et d'objectivité exigées par le droit des marques.

¹³⁷¹ V. en ce sens A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2012, n° 1482-1483, p. 834. Pendant longtemps, comme le relèvent les auteurs, l'exigence de distinctivité a été « réduite à la seule prohibition des marques génériques ou descriptives » et donc conçue de façon négative, alors que « le droit communautaire fait au contraire de la distinctivité une condition autonome et positive de validité de la marque ». Or les juges français ont l'obligation d'interpréter les dispositions du droit national à la lumière de la directive et donc introduire l'appréciation positive de cette condition.

695. **Marques génériques et usuelles.** La marque est générique lorsqu'elle « désigne, non pas directement l'objet en cause, mais la catégorie, l'espèce ou le genre auxquels cet objet appartient »¹³⁷². Une marque est usuelle lorsque est constituée « par l'appellation usuelle du produit désigné ou du service offert »¹³⁷³. Or ne saurait être valable la marque désignée par un langage courant ou professionnel, habituel du produit. Ainsi, de telles marques risquent-elles d'être invalidées.

696. **Marques descriptives refusées.** La marque est descriptive lorsqu'elle est une pure désignation du produit ou service, ou « d'une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service », selon l'article L. 712-2. Incontestablement, il s'agit d'empêcher « à un commerçant de s'approprier des termes indispensables à ses concurrents pour définir la composition, les qualités et les caractéristiques essentielles de ses produits »¹³⁷⁴. A ainsi été refusée pour cette raison « Super-Glue » pour désigner une colle¹³⁷⁵. En revanche, des termes qui ne font qu'évoquer le produit ou service ne sont pas descriptifs et peuvent alors constituer une marque¹³⁷⁶. Dans ce sens, a été validé « Camping-gaz » pour les réchauds à gaz utilisés lors de camping¹³⁷⁷.

697. **Refus des signes trop figuratifs.** Par ailleurs, le signe ne saurait être constitué exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle. Par exemple, ne serait être valable « la vache » pour désigner du fromage. En revanche, « la vache qui rit » est une forme distinctive permettant à la marque de s'individualiser.

698. **Exigence d'un signe arbitraire et nouveau.** Il faut comprendre par ces exclusions que la marque doit être constituée d'un signe arbitraire. Le signe choisi ne doit être ni générique ni banalement nécessaire à la description du produit ou service ; un signe pouvant n'être usuel ou

¹³⁷²J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Marques de fabrique, de commerce ou de service*, Rép. dr. com., Dalloz, 2006, n° 169.

¹³⁷³A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n°1485, p. 836.

¹³⁷⁴A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), id., n° 1489, p. 839.

¹³⁷⁵Cass. com., 6 novembre 1984, B. civ. n° 297, p. 240.

¹³⁷⁶V. par ex. TGI Bobigny, 22 octobre 2002, Prop. ind. 2003, comm. 27, p. 21.

¹³⁷⁷CA Paris, 23 juin 1981, D. 1982. jurispr. 434, note REBOUL.

générique que dans le cadre d'une activité spécifique. Une telle exclusion se justifie car elle évite de « retirer du domaine public des signes qui sont nécessaires à tous les commerçants qui exercent des commerces de même nature pour présenter leurs marchandises ou offrir leurs services au public »¹³⁷⁸.

De plus, l'exigence de distinctivité ne signifie pas que le signe doit être original et le législateur n'impose aucunement une condition de créativité ou d'effort intellectualisé. En revanche, la marque doit être nouvelle, c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister une antériorité constituée par une autre enseigne de laquelle elle ne se distinguerait pas, avec risque de concurrence illégale.

699. *Appréciation de la condition de distinctivité.* L'appréciation de la condition de distinctivité du signe relève de la souveraineté des juges du fond¹³⁷⁹. Ces derniers doivent motiver leur décision, en appréciant la condition concrètement¹³⁸⁰ à la date d'acquisition du droit c'est-à-dire au jour du dépôt et de l'enregistrement. La Cour de Justice a considéré dans un arrêt du 16 septembre 2004 que « au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b) de la directive 89/104, le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié par rapport, d'une part, aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement a été demandé et, d'autre part, à la perception des milieux intéressés »¹³⁸¹. Ainsi les juges devront-ils au surplus se référer au public concerné par le produit ou service pour vérifier la condition de distinctivité.

700. *Marques acquises par l'usage.* Le dernier alinéa de l'article L. 711-2 prévoit que le caractère distinctif peut, sauf pour les signes figuratifs, être acquis par l'usage. Il s'agit d'« une sorte de prescription acquisitive de la validité d'une marque »¹³⁸². Le titulaire ayant réussi à imposer son signe dans le commerce, il paraît justifié de considérer ce dernier valable, même s'il est générique ou descriptif¹³⁸³.

¹³⁷⁸A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n° 1484, p. 836.

¹³⁷⁹Cass. com., 2 juin 1992, PIBD, 1992, n° 528, II, 460.

¹³⁸⁰CJCE, 16 septembre 2004, Nichols, aff. C-404/02, Recueil I, p. 8499, PIBD 2004, 796, III, 618 (point 27).

¹³⁸¹CJCE, 16 septembre 2004, préc. (point 23)

¹³⁸²A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n°1492, p. 841.

¹³⁸³CA Paris, 9 juillet 1987, PIBD 1987, III, 422, RTD com. 1988. 436, n°6.

C. Un signe licite

701. ***La licéité du signe.*** Des signes sont expressément interdits par l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle pour représenter une marque, dès lors qu'ils sont exclus expressément par des textes internationaux, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou encore trompeurs.

- ***Signes interdits par des textes internationaux.*** D'une part, la marque ne peut être caractérisée par un signe exclu par la Convention de Paris du 20 mars 1883¹³⁸⁴ et par l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce¹³⁸⁵. Ainsi, ne saurait prétendre à la protection offerte par le droit, la marque qui reprendrait le signe ou/et le nom de la Croix Rouge mais également les anneaux olympiques¹³⁸⁶ ou encore les marques composées par les armoiries, drapeaux et emblèmes des États de l'Union. Une telle interdiction est absolue, peu importe la spécialité de la marque.

- ***Signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.*** Par ailleurs, est illicite le signe contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'appréciation de cette illicéité relèvera de la souveraineté des juges du fond¹³⁸⁷ qui devront se référer aux prescriptions impératives de la législation économique française¹³⁸⁸ et européenne. Il s'agira bien d'apprécier la licéité du signe et non du produit ou du service¹³⁸⁹. En outre, une marque n'est pas nécessairement nulle si son signe évoque un objet contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public¹³⁹⁰. Notons enfin que la jurisprudence s'est rarement prononcée sur la licéité de la marque¹³⁹¹.

702. ***La marque trompeuse.*** Le législateur prévoit expressément la nullité des marques

¹³⁸⁴V. ART 6 ter (Convention de Paris du 20 mars 1883, publié par Décret n° 75-762 du 6 août 1975).

¹³⁸⁵V. § 2 Art. 23 annexe 1C, accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ADPIC (Accord instituant l'OMC, publié en France par le décret n° 95-1242 du 24 novembre 1995).

¹³⁸⁶V. également Art. L. 141-5 C. sport.

¹³⁸⁷Cass. com., 28 juin 1976, B. civ n°217, JCP E. 1978, II, 12605, obs. BURST.

¹³⁸⁸CA Paris, 15 février 1990, PIBD 1990 483, III, 489.

¹³⁸⁹CA Lyon 27 juin 1984, PIBD 1985 III, 39, s'agissant d'une marque valable pour des cassettes vidéo-pornographiques.

¹³⁹⁰CA Paris, 7 mai 1979, Ann. prop. ind. 1979, 306, s'agissant de la marque « Opium » pour un parfum qui a été admise après avoir été considérée comme de nature à encourager l'usage de stupéfiants ; CA Paris, 18 octobre 2000, D. 2002, somm. 1131, s'agissant du refus du signe « Cannabia » associé à des produits alimentaires en raison de sa référence à un stupéfiant interdit.

¹³⁹¹V. par ex. Cass. com. 16 décembre 2014, Comm. com. électr. 2015, comm. 11, note C. CARON.

frauduleuses ou déceptives. L'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle établit la nullité des marques « de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou service ». Ce qui est directement protégé ici est donc l'intérêt du consommateur ainsi que celui de l'ordre public économique, selon certains auteurs, et non, du moins directement, celui du titulaire de la marque¹³⁹². Comme le relève justement Mme le Professeur SCHMIDT-SZALEWSKI, « le caractère déceptif d'une marque et son caractère contraire à l'ordre public sont du reste très proches l'un de l'autre »¹³⁹³.

Cette disposition s'associe avec celles du Code de la consommation concernant les fraudes et tromperies¹³⁹⁴ ainsi que les pratiques commerciales trompeuses¹³⁹⁵ car l'utilisation d'une marque déceptive rend sa publicité mensongère.

Selon l'article L. 711-3 c) du Code de la propriété intellectuelle, la tromperie peut porter sur la nature ou les qualités substantielles du produit ou du service, telle la marque « Lavablaine » pour représenter des produits qui n'étaient pas pure laine et non lavables¹³⁹⁶. Et elle peut également porter sur la provenance¹³⁹⁷ tel que la marque « Brazil » pour représenter des cafés ne provenant pas de ce pays¹³⁹⁸ ou encore « Cru du Fort Médoc » pour un vin n'étant pas un Médoc¹³⁹⁹.

703. L'appréciation de la déceptivité. L'appréciation de la déceptivité relève de la souveraineté des juges du fond, qui devront motiver leur décision sous peine de censure de la Cour de cassation¹⁴⁰⁰ en précisant en quoi la marque litigieuse est susceptible de tromper le public¹⁴⁰¹. Selon la Cour de Justice de la Communauté Européenne, le risque de tromperie¹⁴⁰² doit être évalué en se référant à l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, relative à cette indication¹⁴⁰³. L'effectivité de la tromperie n'est pas nécessaire, un simple risque suffisamment grave pour le consommateur

¹³⁹²A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n° 1479, p. 832.

¹³⁹³J. SCHMIDT-SZALEWSKI, op. cit., n° 140.

¹³⁹⁴Art. L.213-1 et s. C. conso.

¹³⁹⁵Art. L. 121-1 C. conso.

¹³⁹⁶CA Lyon, 24 novembre 1951, D. 1951, p. 775.

¹³⁹⁷Toutefois, M. POLLAUD-DULIAN remarque justement qu'un nom géographique qui ne constitue pas l'indication d'origine du produit n'est pas trompeuse, elle est plutôt arbitraire. V. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n°1389, p. 791.

¹³⁹⁸CA Paris, 16 juin 1968, D. 1989, p. 282, obs. GUSMAO.

¹³⁹⁹Cass. com., 9 novembre 1981, JCP G. 1982, II, 19797, obs. G. BONNET.

¹⁴⁰⁰V. par ex. Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-19513 et n° 15-50038, non publié au bulletin.

¹⁴⁰¹V. par ex. Cass. com., 1^{er} juillet 2008, PIBD 2008 881, III, 529.

¹⁴⁰²CJCE, 28 janvier 1999, Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co., aff. C-303/97 (point 9).

¹⁴⁰³CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springenheide et Tusky, aff. C-210/96, (points 31 et 32).

suffira à affirmer que la marque est déceptive ¹⁴⁰⁴.

D. Un signe disponible

704. **Disponibilité de la marque au regard de droits antérieurs.** Selon l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, « ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs ». Autrement dit, le signe doit être disponible et le texte prévoit une liste non exhaustive de huit cas d'antériorité qui peuvent être regroupés en deux catégories selon qu'elle est constituée par des droits sur des signes distinctifs ou qu'elle concerne d'autres droits de la propriété intellectuelle¹⁴⁰⁵.

- **Principe de spécialité.** En vertu du principe de spécialité, « l'antériorité doit exister dans le même secteur commercial que celui où l'on veut déposer la marque »¹⁴⁰⁶. Il s'agira alors d'identifier les produits ou services figurant dans l'acte de dépôt.

- **Une appréciation plus subjective du principe de spécialité.** Le constat s'impose toutefois d'une évolution de l'appréciation de la spécialité. Celle-ci était autrefois conçue de manière stricte et objective, pour considérer comme similaires des produits ou services dont la nature et l'usage étaient extrêmement voisins¹⁴⁰⁷. Aujourd'hui, la tendance des juges est l'adoption d'une conception plus subjective et économique qui consiste à considérer des produits similaires dès lors que leurs origines respectives peuvent être confondues par les consommateurs en raison de « leur destination, de leur complémentarité, de la similitude des outillages de fabrication, voire de celle des circuits de distribution »¹⁴⁰⁸. Enfin, il peut y avoir « similitude entre une marque de produit et une marque de service, dans la mesure où il s'agit de produits et services complémentaires »¹⁴⁰⁹.

705. **Principe de territorialité.** Selon le principe de territorialité, une marque n'est protégée que sur le territoire sur lequel elle est enregistrée. En France les marques sont enregistrées suite

¹⁴⁰⁴CA Paris, 15 mars 1988, Régie-France, D. 1988, IR 108, PIBD 1988 III, 371.

¹⁴⁰⁵V. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1394, p. 794.

¹⁴⁰⁶A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n° 1504, p. 846.

¹⁴⁰⁷Ibid.

¹⁴⁰⁸A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), n° 1506, p. 847.

¹⁴⁰⁹Ibid.

à un dépôt national, international ou européen. A l'inverse, l'antériorité à l'étranger sera inefficace : ne pourra constituer une antériorité une marque déposée à l'étranger pour les mêmes services ou produits, qui restera donc disponible en France¹⁴¹⁰.

Enfin, l'antériorité s'apprécie différemment suivant qu'elle est constituée par un signe distinctif ou par un droit.

1) *Indisponibilité constituée par un signe ou élément distinctif déjà protégé*

706. L'indisponibilité du signe peut tenir à l'antériorité d'une marque similaire mais aussi à l'antériorité d'autres éléments distinctifs.

707. *Antériorité constituée par une marque déposée.* L'antériorité constituée par une marque déposée est la plus invoquée. Un signe distinctif déjà choisi par autrui à titre de marque est indisponible pour désigner des produits ou services identiques ou similaires (principe de spécialité) dans le même pays (principe de territorialité)¹⁴¹¹. Et le dépôt d'un signe indisponible rend nulle la marque ainsi déposée. En revanche, si les produits ou services ne sont pas identiques ou encore si la marque n'est pas déposée ou déposée mais non renouvelée, le signe reste disponible¹⁴¹².

708. *Antériorité constituée par une marque notoire.* Toutefois, il faut noter une exception admise pour les marques notoires. Ces dernières, ne faisant pas l'objet d'un enregistrement, sont acquises par l'usage. Connues du grand public, elles sont dotées d'un pouvoir d'attraction propre, indépendamment des produits ou services qu'elles désignent¹⁴¹³. De ce fait, elles sont protégées comme les marques déposées. Ainsi, le dépôt d'un même signe pour des produits ou services identiques ou similaires peut être rejeté par l'INPI ou annulé *a posteriori* par le juge, s'il apparaît abusif, frauduleux, parasitaire ou risquant de créer une confusion dans l'esprit du public¹⁴¹⁴. Enfin, les marques étrangères notoires en France échappent au principe de territorialité ; elles sont traitées de la même façon que les marques françaises du même type¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰V. A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), id., n° 1507, p. 848.

¹⁴¹¹P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Issy-les-Moulineaux : Gualino-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2015, n° 542, p. 427.

¹⁴¹²A moins que le dépôt soit fait frauduleusement selon l'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴¹³CA Paris, 17 janvier 1996, PIBD 1996 607, III, 155.

¹⁴¹⁴Cass. com., 18 janvier 1994, B. civ. n°28, p. 22.

¹⁴¹⁵P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, op. cit., n° 543, p.429.

709. *Indisponibilité du signe résultant de l'antériorité d'autres éléments distinctifs.* Le législateur a retenu que l'antériorité d'autres éléments distinctifs pouvaient rendre une marque indisponible : une dénomination ou raison sociale, un nom commercial ou une enseigne connus ou encore une appellation d'origine.

- *Antériorité constituée par une dénomination ou raison sociale ou un nom commercial ou une enseigne connue.* Dans certains cas, l'indisponibilité de la marque devra alors être appréciée au-delà de l'antériorité de ces éléments, par l'**évaluation d'un risque de confusion dans l'esprit du public**¹⁴¹⁶. Une telle condition suppose alors que ces signes distinctifs soient notoires et spécifiquement pour le nom commercial ou l'enseigne connus sur l'ensemble d'un territoire national¹⁴¹⁷ - ce que l'on nomme le « rayonnement national ». Le risque de confusion, et non une effectivité, pourra dépendre de l'usage que le déposant souhaite faire de son signe pour des produits ou services similaires ou identiques. Cependant, il faut noter que l'article L. 713-6 a) pose une limite en prévoyant que « l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique ».

- *Antériorité constituée par une appellation d'origine ou une indication géographique.* Selon l'article L. 711-4 d), il est interdit au déposant d'adopter un signe portant atteinte à une appellation d'origine protégée. Le législateur n'a pas prévu ici une condition tenant au risque de confusion créée dans l'esprit du public, qui selon un auteur, va de soi, en raison de la notoriété et du nombre limité des appellations d'origine¹⁴¹⁸. On peut alors parler d'un **risque de confusion présumé**.

2) *Indisponibilité constituée par un droit antérieur*

710. L'indisponibilité d'un signe peut simplement résulter de l'existence d'un droit antérieur et de nombreux cas sont possibles, dont l'utilisation d'un nom par une marque qui nous semble

¹⁴¹⁶V. pour un ex. d'une dénomination sociale, Cass. com., 22 février 2005, PIBD 2005 808, III, 310

¹⁴¹⁷V. Cass. com. 13 décembre 1988, PIBD 1989 III, 259, s'agissant de l'insuffisance d'une notoriété locale.

¹⁴¹⁸F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1400, p. 799.

particulièrement intéressante pour nourrir notre recherche sur l'imitation.

711. *Antériorité constituée par un droit de la propriété d'une œuvre, d'un dessin ou d'un modèle.* Parce qu'une marque peut être constituée de termes, de sons, de dessins ou de modèles, il est effectivement possible qu'une création protégée par le droit de la propriété intellectuelle constitue une antériorité opposable au dépôt d'une marque. Cependant, une création n'est pas nécessairement indisponible pour devenir le signe d'une marque. En effet, il est possible que le créateur ou son ayant-cause ait donné l'autorisation à son exploitation, ou que la création soit tombée dans le domaine public. Le droit d'auteur et de dessins ou modèles n'étant pas soumis au principe de spécialité, l'autorisation est nécessaire pour tout produit ou service¹⁴¹⁹.

712. *Antériorité tenant à l'existence d'un droit de la personnalité.* Le déposant peut avoir choisi comme marque la voix, le patronyme, le pseudonyme ou encore l'image d'une personne. Par principe, pour que le dépôt d'une telle marque soit possible, le titulaire de l'attribut de la personnalité doit avoir donné son consentement.

713. *Le cas complexe du nom patronymique déposé comme marque.* L'autorisation du titulaire d'un droit de la personnalité n'est pas toujours demandée. Le dépôt d'une marque utilisant un nom patronymique n'est valable que si l'utilisation du nom ne tend pas à créer un risque de confusion préjudiciable au titulaire de celui-ci qui doit démontrer un intérêt à y mettre fin¹⁴²⁰. Le risque de confusion, apprécié au jour du dépôt de la marque, « existe lorsque le public est amené à rattacher la marque à la personne, à penser qu'elle a donné son accord ou participe à l'exploitation »¹⁴²¹. Ainsi, laisser croire que le titulaire du nom participe au produit ou au service de la marque peut effectivement entraîner une confusion dans l'esprit du public.

Exemple jurisprudentiel. On note qu'il revient au titulaire du nom de démontrer l'effet préjudiciable de l'utilisation par une marque de son patronyme. Or, ce ne saurait être le cas pour un nom banal ou peu répandu¹⁴²². Par ailleurs, l'éventuelle homonymie peut n'être que fortuite. La jurisprudence se montre réservée quant à la constatation du risque de confusion, notamment si les produits ou services offerts par la marque sont différents de ceux éventuellement proposés

¹⁴¹⁹CA Rouen, 20 janvier 1994, PIBD 1994 III, 239.

¹⁴²⁰Cass. com., 15 octobre 1994, PIBD 1995 582, III, 88.

¹⁴²¹F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1404, p. 803.

¹⁴²²A moins que son titulaire ne soit célèbre sous ce nom. V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, id., n° 1404, p. 804.

par le titulaire du nom.

On peut en particulier se questionner quant à la marque constituée par le patronyme du fondateur et créateur d'une société commercialisant certains produits, telles que certaines grandes maisons de couture. Dans ce cas, la marque conserve le nom alors même que le créateur ne participe plus au service ou au produit. Peut-on alors considérer qu'il existe « une forme de tromperie à l'égard des consommateurs »¹⁴²³ ? En effet, « ces derniers identifiait la société au créateur »¹⁴²⁴ et il se peut qu'ils se sentent lésés en découvrant que celui-ci ne participe plus à l'œuvre créatrice de l'entreprise.

La Cour de Justice a répondu par la négative à cette question dans un arrêt du 30 mars 2006. En l'espèce, la créatrice de mode Elizabeth EMANUEL avait cédé à une société la marque portant sur son nom propre. Par la suite, elle a prétendu que le signe devait être frappé par une déchéance, car **induisant en erreur** le public sur la nature des produits, étant donné qu'elle n'en **contrôlait plus la création**. Mme EMANUEL a donc formé opposition contre l'enregistrement par la société cessionnaire d'une deuxième marque sous le même nom, représentée différemment, mais trompant selon elle le public, qui pouvait penser que les produits étaient réalisés sous son contrôle. Selon la Cour de justice, « quand bien même un consommateur moyen pourrait être influencé dans son acte d'achat d'un vêtement portant la marque « ELIZABETH EMANUEL » en imaginant que la requérante au principal a participé à la création de ce vêtement, les caractéristiques et les qualités dudit vêtement restent garanties par l'entreprise titulaire de la marque »¹⁴²⁵. Ainsi, ne saurait être remis en cause la fonction essentielle de la marque, puisque la fabrication et la fourniture des produits ou services qu'elle représente sont garanties.

Par ailleurs, la Cour ajoute qu'« une marque correspondant au nom du créateur et premier fabricant des produits portant cette marque ne peut, en raison de cette seule particularité, être refusée à l'enregistrement au motif qu'elle induirait le public en erreur, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous g), de la directive 89/104, notamment quand la clientèle attachée à ladite marque, précédemment enregistrée sous une forme graphique différente, a été cédée avec l'entreprise fabriquant les produits qui en sont revêtus »¹⁴²⁶. En d'autres termes, une telle marque n'est pas nécessairement déceptive bien que la titulaire du nom constituant la marque est écartée de la société cessionnaire, notamment lorsque la clientèle est également cédée.

¹⁴²³F. POLLAUD-DULIAN, id., n° 1409, p. 807.

¹⁴²⁴Ibid.

¹⁴²⁵CJCE, 30 mars 2006, aff. C-259/04, Recueil I, p. 3089, PIBD 2006 830, III (point 48).

¹⁴²⁶CJCE, 30 mars 2006, préc., (point 51)

Ajoutons toutefois que la Cour a relevé qu'il appartiendra au juge national « d'examiner si, dans la présentation de la marque [...], il n'existe pas une volonté de l'entreprise ayant introduit la demande d'enregistrement de celle-ci de faire croire au consommateur que [la titulaire du nom patronymique] est toujours la créatrice des produits portant ladite marque ou qu'elle participe à leur création »¹⁴²⁷. Si tel était le cas, la Cour considère qu'il s'agirait « d'une manœuvre qui pourrait être jugée dolosive » mais la sanction ne saurait en aucun cas relever du droit des marques¹⁴²⁸.

Enfin seuls le titulaire ou les membres de la famille pourront agir sur le fondement du droit de la personnalité. Le juge pourra interdire ou annuler la marque litigieuse et ordonner l'octroi de dommages-intérêts.

714. *Antériorité tenant à la défense de certains intérêts des collectivités territoriales.* Par ailleurs, selon l'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle, ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale. Cependant, on constate que la jurisprudence en la matière est assez rare¹⁴²⁹. Certains auteurs se questionnent donc quant à l'utilité du texte¹⁴³⁰.

715. *Autres indisponibilités du signe et de la marque par antériorité d'un droit.* L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle ne propose qu'une liste non exhaustive qui reste ouverte à d'autres signes pouvant porter atteinte à des droits antérieurs.

Par exemple, un nom de domaine sur le réseau internet peut constituer une antériorité opposable au dépôt d'une marque, même s'il n'est pas expressément mentionné par le texte de référence. Car utilisé sur un support public, il est nécessairement notoire. Toutefois, la Cour de cassation dans un arrêt du 11 janvier 2005 n'a pas censuré les juges du fond qui ont constaté que le site, et donc le nom du domaine le désignant, et les produits proposés n'étaient pas disponibles en France. Ainsi, « ce site ne saurait être considéré comme visant le public de France ». Il semble donc que ce qui importe soit le public ciblé et non le lieu d'accessibilité du site internet. Par ailleurs, dans un arrêt du 13 décembre 2005, la chambre commerciale a considéré qu'« un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu importe que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des

¹⁴²⁷CJCE, 30 mars 2006, préc., (point 50)

¹⁴²⁸V. F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1409, p. 807.

¹⁴²⁹V. par ex. Cass. com., 6 novembre 2006, Prop. Ind. juillet-août 2008 n°58, obs. J. LARRIEU.

¹⁴³⁰V. F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1412, p. 810.

services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ». Enfin, il faut noter que l'enregistrement du nom du domaine ne suffit pas, ce nom doit être exploité avant le dépôt de la marque¹⁴³¹.

Quoiqu'il en soit, seul le titulaire du droit antérieur pourra agir en nullité sur le fondement de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Paragraphe 2. Les conditions de formes de la marque de fabrique, de commerce ou de service

716. Parce que le droit des marques est un droit de la propriété intellectuelle, les conditions de formes en la matière sont pratiquement identiques à celles imposées par le droit de brevet et de dessins et modèles. Ainsi, un dépôt est nécessaire à l'Institut national de la propriété industrielle - INPI (A), qui devra ensuite examiner la demande de dépôt (B).

A. Le dépôt de la demande d'enregistrement de la marque

717. L'enregistrement d'une marque exige au préalable le dépôt d'une demande d'enregistrement qui fera l'objet d'une appréciation pour être validé.

718. ***La date de dépôt comme départ d'un enregistrement éventuel de la marque.*** La marque, doit être déposée selon l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle et son enregistrement rétroagira à la date du dépôt de la demande d'enregistrement¹⁴³². Le dépôt devra être effectué par principe à l'INPI.

719. ***Le contenu double de la demande d'enregistrement : une représentation du signe associée à une description des produits ou services.*** Le législateur établit le contenu de la demande de dépôt. S'agissant d'une marque, le dépôt devra être accompagné de la représentation graphique du signe choisi pour la représenter et comprendre l'énumération des

¹⁴³¹CA Paris, 15 septembre 2004, PIBD 2005 800, III, 54.

¹⁴³²Sauf pour les marques notoires qui n'ont pas à être enregistrées.

produits et services auxquels elle s'applique¹⁴³³.

B. L'examen de la demande d'enregistrement de la marque industrielle

720. ***La recherche d'une antériorité manifeste.*** L'INPI ne vérifie pas la condition de disponibilité/nouveauté mais recherche s'il existe une antériorité manifeste tenant au signe ou autre élément distinctif ou à l'existence d'un droit protégé antérieur.

Le directeur de l'INPI peut accepter ou rejeter la demande¹⁴³⁴ - un silence valant rejet¹⁴³⁵. S'il ne s'y oppose pas en rendant une décision motivée, il délivrera un titre de propriété. La marque est alors consignée au Registre National des Marques, tenu à l'INPI, **et l'enregistrement** publié au Bulletin officiel de la propriété industrielle (BOPI), prenant effet au jour du dépôt de la demande.

721. ***L'effet du dépôt.*** Une fois l'enregistrement effectué, la protection dure dix ans à compter du dépôt de la demande (effet rétroactif et indéfiniment renouvelable). Selon l'article L. 714-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur de la demande pourra toujours renoncer à l'enregistrement ou aux effets de la protection.

722. ***La délivrance d'un titre temporaire.*** Selon l'article L. 712-8 du même Code, le déposant de la demande d'enregistrement d'une marque peut solliciter un enregistrement provisoire de son signe pour pouvoir bénéficier des effets de la protection étrangère¹⁴³⁶. Ce qui est d'autant plus protecteur que le déposant n'a pas l'obligation d'exploiter avant la délivrance du brevet par l'INPI.

723. ***Pour conclure sur la marque.*** La marque est un attribut distinctif des entreprises leur permettant d'individualiser leurs produits et services aux yeux du public. Cette chose n'est pas par nature protégée, la loi imposant des conditions de fond et de forme à l'enregistrement d'une

¹⁴³³ Art. L. 712-2 C. prop. int.

¹⁴³⁴ Art. L. 712-7 C. prop. int.

¹⁴³⁵ V. notamment le Décret n° 2015-511 du 7 mai 2015 modifiant le Code de la propriété intellectuelle et le décret n° 2014-1280 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique).

¹⁴³⁶ Par la CUP ou la Convention de Paris du 20 mars 1883 (OS n° 5687, 29 octobre 1975, JO 07/11/1975).

marque. Une fois la protection acquise, le législateur garantit la marque contre tout usage illicite, préservant ainsi la confiance que le public des consommateurs porte à l'origine des produits d'une entreprise. Le titulaire de la marque bénéficie comme tout titulaire de droit de la propriété intellectuelle de droits d'exploitation – et non de droits moraux. Dans la même mesure que le droit d'auteur et le droit des brevets, il peut se prévaloir notamment d'un droit de reproduction.

724. *Pour conclure sur la protection des signes garant de la confiance du public.*

L'efficacité de l'utilisation de certains instruments publics ou privés repose sur la sauvegarde de la confiance attachée à ces choses, qui justifie leur protection par le droit pénal ou le droit de la propriété intellectuelle.

Certains d'entre eux présentent une « capacité de véracité » inhérente à leur nature - monnaie, titres et autres valeurs fiduciaires, marques de l'autorité et documents publics - alors que la crédibilité des autres leur est extrinsèque - documents privés, marques de fabrique, de commerce et de service. Pour ces derniers instruments, le législateur impose à la protection des exigences de fond - une valeur probatoire certaine ou une capacité certaine de distinction - ainsi que de formes - une signature authentique pour les documents privés, un enregistrement pour les marques.

Tous ces objets de protection présentent un intérêt général. Et l'on peut concevoir que leur contrefaçon perturbe l'ordre public. C'est pourquoi le législateur établit leur protection car ils engagent la confiance publique et du public ; et pour certains relèvent de la souveraineté de l'État.

Parce que le public, face à ces choses, a nécessairement confiance en leur véracité, que celle-ci soit d'**origine légale ou réglementaire, présumée ou acquise**, il n'a aucune raison de remettre en cause ou de vérifier leur authenticité. Le législateur établit donc des infractions particulières pour sanctionner leur fabrication ou utilisation illégale.

Il nous reste à analyser si le droit reconnaît et caractérise une imitation lorsqu'il constate ces infractions.

SECTION 2 : LE COMPORTEMENT D'IMITATION D'UNE CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC

725. *Falsification, contrefaçon, copie ressemblante.* Afin de préserver le caractère crédible et véridique de certains instruments utilisés dans les transactions sociales, le législateur

sanctionne différents comportements qui atteindraient leur substance : la falsification, la contrefaçon ou encore la copie ressemblante.

La doctrine enseigne qu'en matière d'atteinte à la confiance publique, la falsification consiste en une altération d'un élément, alors que la contrefaçon se conçoit comme une reproduction, parfaite ou imparfaite. Et au côté de l'infraction *stricto sensu* de contrefaçon, le législateur retient une autre infraction que certains nomment « d'imitation »¹⁴³⁷, qui ne saurait être qualifiée de contrefaçon. D'une part, c'est encore une fois considérer l'imitation matériellement et au regard du résultat – alors que d'un point de vue subjectif, elle peut être entendue comme un comportement. D'autre part, la notion d'imitation, réservée ici à certaines infractions qui ne seraient pas des reproductions, paraît quelque peu confuse. C'est pourquoi nous prendrons soin pour notre étude de nommer les infractions dites « d'imitation », des infractions « de ressemblance ».

726. *Fabrication d'une chose-instrument protégée.* Compte tenu de ces précisions sémantiques, c'est au regard du comportement général de fabrication d'une « chose-instrument » protégé qu'il convient d'analyser le comportement d'imitation pour déterminer s'il constitue des infractions de falsification, de contrefaçon et de ressemblance. Les choses-instruments protégées peuvent être corporelles ou encore incorporelles, telles que les marques.

727. *Recherche de comportements d'imitation.* Il s'agira de vérifier si toutes ces infractions relèvent d'un comportement d'imitation et de déterminer les caractéristiques spécifiques de l'imitation illicite d'un instrument protégé. Nous pourrions également comparer la manière dont le législateur sanctionne l'imitation d'un signe ou d'une marque selon que ces choses relèvent des « choses publiques » ou qu'ils concernent les produits et services.

Pour apporter des éléments de réponse à ces interrogations, nous examinerons d'abord les infractions de falsification, contrefaçon et de ressemblance des choses publiques avant de les analyser en matière de droit des marques de fabrique, de commerce ou de service. Si les premières figurent dans le livre IV du Code pénal consacré aux atteintes à la confiance publique, les secondes relèvent du Code de la propriété intellectuelle. Quel que soit l'objet de protection considéré, ces infractions ont toujours pour conséquence de perturber la fonction essentielle du signe ou de la marque, c'est-à-dire le lien de représentation qu'il ou elle établit entre un

¹⁴³⁷Dans la mesure où l'on retrouve, notamment dans les articles 442-6 et 443-3 du Code pénal, les termes « valeurs imitées ».

instrument et l'État d'une part (I), entre un produit ou service et son origine d'autre part (II). La comparaison de l'incrimination des infractions considérées dans ces deux domaines d'application nous paraît donc pouvoir être riche d'enseignement pour la compréhension du concept d'imitation dans le champ pénal.

Pour chacun de ces domaines, nous observerons donc l'imitation dans les infractions de falsification, contrefaçon et de ressemblance, analyserons ses caractéristiques en les distinguant d'un simple résultat et observerons la démarche du législateur et des juges pour caractériser l'infraction.

I. La fabrication illicite d'une chose publique

728. « **Chose publique** ». Par « chose publique », nous désignerons tous les instruments protégés au nom de la souveraineté de l'Etat mais également de l'intérêt général pour garantir la confiance publique, à savoir un signe, un titre ou autre valeur fiduciaire, une marque de l'autorité de l'État, un écrit ou tout autre support de la pensée à valeur probatoire.

729. **Présentation historique de la falsification.** Dans le droit romain, la falsification comme la contrefaçon de monnaie était une offense faite à la personne du Prince¹⁴³⁸. Celui qui fabriquait la monnaie était condamné comme un usurpateur du droit impérial de battre monnaie. En droit français, MUYARD DE VOUGLANS rapporte dans ses Lois criminelles que ce pouvoir appartenait seulement au roi. Celui qui s'arrogeait le droit de fabriquer sans la permission royale commettait un crime de lèse-majesté¹⁴³⁹. Les peines étaient sévères, tout comme en matière de fabrication illicite de timbres, poinçons, marteaux et marques de l'autorité¹⁴⁴⁰. Au fil du temps, on constate toutefois une diminution de la sévérité des peines. Dans le Code pénal de 1791, la contrefaçon se retrouve parmi les crimes et attentats contre la chose publique¹⁴⁴¹ alors que sous l'empire du Code pénal de 1810, elle est classée parmi les faux. Aujourd'hui, les infractions de falsification, de contrefaçon - ou ressemblance - d'une chose publique se trouvent placées parmi

¹⁴³⁸L. 2, C. de fals. Mon. ; V. A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Paris : E. Legrand et Descauriel, 3^{ème} éd., t. 2, 1837-1842, p. 35.

¹⁴³⁹P.-F. MUYARD DE VOUGLANS, *Les Loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris : Merigot le jeune, Crapart, B. Morin, 1780, p. 141.

¹⁴⁴⁰V. sur les différentes peines et leur évolution, A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Paris : E. Legrand et Descauriel, 3^{ème} éd., t. 2, 1837-1842, pp. 304 et s.

¹⁴⁴¹Art. 1 à 5 Section VI du titre I crimes et attentats contre la chose publique.

les atteintes à la confiance publique inscrites dans le Code pénal ¹⁴⁴².

730. Toutes ces incriminations peuvent *a priori* relever d'un comportement d'imitation. C'est l'existence d'un modèle, servant à la reproduction d'une chose protégée, qui nous permettra de faire ressortir qu'il s'agit bien d'un acte d'imitation. Selon ce critère, nous dégagerons que la falsification peut parfois renvoyer à une imitation (Paragraphe 1) alors que la contrefaçon ou l'infraction de ressemblance admettent toujours les critères d'un comportement d'imitation comme éléments constitutifs (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La falsification d'une chose publique : une altération de la réalité avec ou sans modèle

731. **La définition de la falsification.** Il est acquis que la falsification est une altération ou dénaturation d'un objet ou élément. Dans ce sens, certains auteurs considèrent que cet acte est à différencier de la reproduction. DIOGENE DE SINOPE, dans Pordalos, expliquait déjà que la falsification ne doit pas être entendue comme une reproduction. Selon lui, dans le fait de falsifier, il est plutôt question de toucher les valeurs sociales communément admises¹⁴⁴³.

Certes altérer la réalité semble un comportement distinct de celui qui consiste à la reproduire. Toutefois, nous ne saurions écarter l'imitation de toutes les infractions de falsification sans examiner les possibles **rapports entre altération et reproduction**. D'un point de vue comportemental, la reproduction d'une chose, et ici plus particulièrement d'un instrument social protégé par le législateur, s'appuie sur l'existence préalable d'un modèle, connu de l'imitateur, et conduit à la fabrication d'un objet-copie du modèle. Si la falsification présente ces deux éléments, elle peut alors être qualifiée d'imitation. Pour illustrer nos propos nous prendrons les exemples du faux (A) et de l'altération des signes publics (B).

A. Faux et imitation

732. **Le faux.** La falsification en matière de faux, selon les articles 441-1 et suivants du Code pénal, est à entendre largement comme « toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à

¹⁴⁴²Même si elles se trouvent parfois confortées par d'autres textes tels que dans le Code monétaire et financier.

¹⁴⁴³V. DIOGENE LAERCE, *Vies et doctrines des philosophes illustres*, trad. M.-O. GOULET-CAZE, Paris : Garnier frères, 1933, p. 703.

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 ». L'individu qui commet un faux falsifie la vérité en créant nécessairement une apparence fausse de la réalité, c'est-à-dire un mensonge. MERLE et VITU considèrent ainsi que le faux « évoque l'idée d'une altération de la vérité, commise intentionnellement, c'est-à-dire à l'effet de tromper autrui ; il suppose donc un mensonge, dissimulé sous une apparence de véracité propre à égarer les tiers »¹⁴⁴⁴. Autrement dit, le faux a l'apparence du vrai car la falsification ici consiste à altérer la vérité tout en créant une apparence crédible.

733. **Deux actes de faux.** Plus précisément, la falsification - peut renvoyer à deux types d'actes : la falsification matérielle et la falsification intellectuelle¹⁴⁴⁵. La première consiste à altérer le support de la pensée. DONNEDIEU DE VABRES parle alors de défaut d'authenticité. La seconde consiste à altérer le contenu de l'écrit, l'auteur parlant alors de défaut de véridicité¹⁴⁴⁶. GARCON considère qu' « il y a faux matériel lorsque le faussaire falsifie physiquement une écriture [...], faux intellectuel lorsque l'écriture n'étant pas matériellement falsifiée, l'altération de la vérité porte sur le contenu, la substance, les circonstances de l'acte »¹⁴⁴⁷. Dans ce sens, l'aspect matériel de l'infraction renvoie plus précisément à un comportement de fabrication du support – comme la fabrication d'un document - ou d'altération de ce dernier – comme l'apposition d'une signature fausse. Alors que l'aspect intellectuel de l'incrimination consiste en une altération de la vérité des faits exprimés sans fabrication illicite du support.

Dans les deux cas, la question demeure de savoir si la falsification témoigne d'une imitation, c'est-à-dire si l'altération de la vérité a été réalisée en prenant une réalité pour modèle.

734. **Le faux sans modèle.** Qu'il s'agisse d'un faux matériel ou intellectuel, il n'a pas toujours pour modèle un écrit ou document préexistant. Le faux intellectuel, notamment, consiste en un défaut de véridicité parce qu'il relate des faits inexistantes. Il ne saurait donc constituer une imitation dans la mesure où le contenu de l'écrit ne se fonde sur aucune réalité, qui en serait son

¹⁴⁴⁴R. MERLE, A. VITU, op. cit., p. 938.

¹⁴⁴⁵On doit cette distinction à H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 3 et s.

¹⁴⁴⁶V. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français*, RSC 1941, p. 273 et s. et spéc. p. 278.

¹⁴⁴⁷E. GARCON, *Code pénal annoté*, Paris : Sirey, 1959, art. 145-147, n° 237.

modèle. De même le faux matériel peut être fabriqué sans modèle. Par exemple, celui qui signe un document d'un nom imaginaire sera sanctionné pour avoir commis un faux matériel. S'il crée une apparence fausse, en aucun cas son acte aura constitué une imitation, l'apparence ne portant sur aucune réalité¹⁴⁴⁸. Le faussaire cherche simplement à se constituer une preuve, par mensonge.

735. ***Le faux avec modèle.*** Dans certaines hypothèses, en revanche, le faux peut consister en la reproduction d'un modèle. Par exemple, un individu peut avoir fabriqué, sans monopole, le duplicata d'une carte d'identité nationale ou encore d'un contrat, d'un certificat afin d'établir la preuve d'un droit. Il s'agit là d'un véritable acte ou document que le faussaire s'est nécessairement représenté afin de le reproduire. Il en est de même de l'imitation de signature qui, comme son nom l'indique, consiste à reproduire la signature d'autrui¹⁴⁴⁹. Le faussaire crée bien une apparence d'une ou de la réalité.

C'est dans cette catégorie que l'on retrouve la protection pénale indirecte de l'identité que nous avons observée dans notre chapitre précédent¹⁴⁵⁰. Par la qualification des infractions de faux et d'usage de faux documents d'identité, qui peuvent accompagner une usurpation d'identité, le législateur sanctionne une imitation matérielle d'un document réalisée dans une situation globale d'imitation personnelle d'autrui. La falsification peut se présenter alors comme le moyen de conforter le comportement d'imitation personnelle.

736. ***Pour conclure sur l'imitation et le faux.*** Dans cette mesure, il nous paraît justifié que les infractions de faux ne requièrent aucunement de constater un comportement d'imitation pour leur caractérisation. Le faux s'inscrit parmi les infractions plus générales de « mensonge », peu importe qu'il ait pris pour modèle une réalité préexistante. Ce qui est sanctionné, c'est d'abord l'altération de la vérité, peu importe que le faussaire ait imité une réalité pour rendre son mensonge plus crédible. Et la même analyse s'observe en matière d'altération de la monnaie.

B. Imitation et falsification du signe monétaire de l'État et autres signes publics

737. ***La falsification avec modèle.*** La falsification de la **monnaie** prévue par les articles 442-

¹⁴⁴⁸V. par ex. pour un faux et un nom imaginaire, Cass. crim., 2 avril 1896, B. crim. n° 135.

¹⁴⁴⁹Ce qui consisterait également à commettre une usurpation d'identité au sens de l'article 226-4-1 du Code pénal.

¹⁴⁵⁰V. *supra* n° 148 et s.

1 et suivants du Code pénal peut consister en un limage d'une pièce, une coloration d'un billet de banque ou encore un changement des chiffres sur l'une des faces. La plupart du temps, il s'agit de modifier la valeur de la monnaie pour la mettre en circulation. Incontestablement, le falsificateur, pour commettre son larcin, fait apparaître sur le nouvel objet qu'il fabrique, la valeur de la pièce ou du billet qu'il a pris pour modèle. Ainsi entendue, la falsification caractérise ici un comportement d'imitation de monnaie avec un modèle, que l'agent pouvait se représenter, et une copie du modèle, résultat de son acte d'imitation. La pièce ou le billet dénaturés ne constituent pas le modèle lui-même mais plutôt le moyen (la matière) qui a permis de créer une réalité fausse (pièce dont la valeur est fausse) à partir d'une réalité vraie (une pièce dont la valeur était vraie avant son altération). Le comportement consiste à dénaturer une réalité (falsification) pour créer l'apparence d'une autre réalité (imitation).

De nos jours, un tel comportement est de plus en plus difficile à mettre en oeuvre pour la monnaie¹⁴⁵¹. Comprise dans ce sens, la falsification peut être considérée comme un moyen à la reproduction d'un instrument, puisqu'elle consiste à fabriquer illicitement un objet protégé. En effet, ici, la chose falsifiée est le support utilisé pour copier un modèle.

Pour les **marques de l'autorité**, dont la falsification est prévue par l'article 444-1 du Code pénal, il arrive même que l'objet support ou moyen de la reproduction contienne en lui-même le modèle de l'imitation. Par exemple, au sens des articles R. 645-10 et R. 645-11 du même Code, l'altération peut être commise par l'effacement de traces d'oblitération sur un timbre-poste afin de pouvoir le réutiliser¹⁴⁵². Ce qui est remarquable dans ce type de falsification, c'est qu'elle conduit à une reproduction parfaite puisque l'objet résultat, la copie, est totalement identique au modèle. Autrement dit, l'objet falsifié contenait à la fois, en ces éléments, le modèle et la copie. Il s'agit bien d'un mensonge quant à la valeur « neuve » du timbre-poste mais également de la création d'une apparence de la réalité (timbre non oblitéré). Dans cette situation, le support est le timbre lui-même.

738. La falsification sans modèle. En revanche, une falsification sans modèle consiste à dénaturer un objet pour créer une réalité qui n'a jamais existé. Tel serait le cas de l'altération

¹⁴⁵¹Cela étant, il faut noter que les pouvoirs publics rendent plus ardue la réalisation d'un tel comportement, et ce notamment en matière de monnaie. On constate d'ailleurs très peu de jurisprudence en matière de falsification. En effet, par prévention de toute falsification de monnaie les billets de banque comme les pièces de monnaie, se distinguent par différents traits caractéristiques telles que leur taille, leur couleur ou encore leur valeur. Ainsi chaque monnaie est conçue différemment et il paraît aujourd'hui difficile de transformer une monnaie en une autre, même si les juges se contentent souvent d'une simple falsification sans nécessairement imposer une ressemblance exacte entre les deux monnaies.

¹⁴⁵²Par ex. CA Paris, 26 avril 1982, JurisData n° 1982-021818.

d'un billet de 500 euros, dont la valeur aurait été modifiée pour indiquer celle de 5000 euros. Or un billet d'une telle valeur n'existant pas, cette falsification ne serait pas la reproduction d'un modèle et ne créerait pas une apparence de la réalité. Bien que cette situation soit peu probable, elle entrerait bien dans le champ d'application de l'infraction de falsification de monnaie.

739. ***Pour conclure sur la falsification de la monnaie et autres signes publics.*** Comme pour le faux, nous constatons que cette incrimination peut viser un comportement d'imitation si elle en constitue le moyen « matériel ». Lorsque le législateur sanctionne l'altération de la vérité, il entend avant tout punir le **mensonge**, au côté d'autres infractions tel que le faux témoignage¹⁴⁵³. Certes le faux ou la falsification d'un signe ou marque de l'autorité publique peuvent sanctionner la reproduction d'un objet matériel, mais on ne saurait en aucun cas qualifier ces infractions « d'imitation » car leur caractérisation n'impose pas l'existence d'un modèle préalable. Les juges vont en pratique privilégier la nature de l'acte et l'intention de l'agent pour la qualifier la situation infractionnelle. La chambre criminelle a considéré que se rend coupable de faux, et non de contrefaçon de marques de l'autorité, celui qui reproduit la fausse empreinte d'un sceau ou d'un timbre sur un certificat ou un acte public. Le comportement de l'agent consistait moins à accomplir l'imitation d'un signe public qu'à falsifier un écrit¹⁴⁵⁴.

En revanche, les infractions de contrefaçon et de ressemblance semblent toujours sanctionner l'imitation d'un modèle.

Paragraphe 2. L'imitation d'une chose publique constitutive d'une contrefaçon ou d'une infraction de ressemblance

740. ***Deux infractions distinctes.*** Que ce soit en matière de monnaie, ou autres signes distinctifs de l'État et de l'autorité publique, le législateur prévoit deux infractions qui imposent explicitement l'existence d'un modèle au comportement délictueux : d'une part, la contrefaçon de **monnaie**, de **titres ou autres valeurs fiduciaires** ainsi que des **marques de l'autorité**, et d'autre part, la fabrication d'objets, imprimés ou formules présentant avec ces **choses publiques** une ressemblance de nature à faciliter l'acceptation des dites choses¹⁴⁵⁵ ou à causer une méprise dans l'esprit du public¹⁴⁵⁶. Nous parlerons pour ce dernier comportement, d'infractions de

¹⁴⁵³Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, op. cit., p. 50.

¹⁴⁵⁴Cass. crim., 15 janvier 1828, B. crim. n° 22.

¹⁴⁵⁵Art. 442-6 C. pén. (pour la monnaie), Art. 443-3 C. pén. (pour les titres et autres valeurs fiduciaires).

¹⁴⁵⁶Art. 444-5 C. pén. (pour les marques de l'autorité publique).

« ressemblance » plutôt que « d'imitation » car, comme nous l'avons indiqué précédemment, cette expression occulte l'aspect comportemental de l'imitation, pour ne considérer que son résultat.

741. La caractérisation des deux incriminations a quelque peu évolué au regard de l'acte matériel. Il en résulte une difficulté pour l'application des textes par la jurisprudence et parfois une ambiguïté dans la distinction des deux infractions. Nous mettrons en évidence l'intérêt d'analyser l'acte matériel en termes de comportement d'imitation pour apporter quelques éléments de clarification entre la contrefaçon et l'infraction de ressemblance (A). En particulier, nous analyserons l'élément moral de ces deux infractions, comme le fait naturellement la jurisprudence dans certaines situations (B). Enfin, nous verrons qu'au sein des textes d'incrimination relatifs à la fausse monnaie, le législateur ne néglige pas de sanctionner l'imitation personnelle (C).

A. La caractérisation de l'imitation d'une chose publique au regard de l'acte matériel : des ambiguïtés de qualification entre contrefaçon et infraction de ressemblance

742. ***Infraction de contrefaçon et infraction de ressemblance.*** Parmi les infractions visant les choses garantes de la confiance publique, nous allons nous intéresser plus particulièrement à celles dont l'acte matériel correspond soit à une contrefaçon soit à une fabrication d'objets, imprimés ou formules qui présentent une ressemblance avec ces choses¹⁴⁵⁷. Par conséquent, il nous paraît pertinent de présenter notre analyse pour chacune des deux catégories d'infractions prévues par le législateur¹⁴⁵⁸, quel que soit le signe protégé.

Si l'infraction de ressemblance sanctionne explicitement une imitation simulacre (2), la contrefaçon peut renvoyer aux deux types d'imitation, non sans poser quelques difficultés de caractérisation au seul regard de l'acte matériel (1).

¹⁴⁵⁷L'imitation comportementale devrait être entendue comme une fabrication. Cela étant, les articles en matière d'infraction de ressemblance de choses publiques sanctionnent également l'utilisation, la distribution ou encore la vente. L'imitation étant entendue comme matériellement en la matière, nous utiliserons nécessairement des décisions qui condamnent ces derniers comportements afin de mieux comprendre le comportement d'un imitateur qui essaie de faire passer une chose pour une autre à son profit.

¹⁴⁵⁸La contrefaçon est sanctionnée par les articles 442-1 et 442-3 du Code pénal - pour la monnaie -, 443-1, 443-2, et 443-4 - pour les titres et autres valeurs fiduciaires -, 444-1 et 444-3 - pour les marques de l'autorité. L'infraction de ressemblance est prévue par les articles 442-6 (monnaie), 443-3 (titres et autres valeurs fiduciaires) et 444-5 (marques de l'autorité) du même Code.

1) *La nature hybride de la contrefaçon d'une chose publique : une imitation-reproduction ou une imitation-simulacre*

743. *A priori*, le comportement de contrefaçon se déduit de son résultat pour caractériser l'infraction. Or, si l'imitation parfaite d'une chose publique ne pose pas de difficulté quant à l'application du texte (a), il en est autrement lorsque l'imitation est imparfaite (b).

a) *La contrefaçon caractérisée par une imitation parfaite de la chose publique : une imitation-reproduction*

744. ***Une imitation-reproduction.*** Que ce soit en matière de monnaie, titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique ou marques de l'autorité, le législateur n'a pas pris le soin de définir ce qu'il entendait par « contrefaçon » notamment dans les articles 442-1, 443-1 et 444-1 du Code pénal. Cependant, dans la mesure où sont prévues des « infractions de ressemblances », la contrefaçon renvoie en premier lieu à la reproduction servile (voire quasi-servile) de l'objet-modèle. Les textes correspondants s'appliquent dans ce sens à celui qui, muni d'instruments plus ou moins perfectionnés, reproduit parfaitement une monnaie ou encore une autre chose publique. Par exemple, commet une contrefaçon celui qui fabrique un avis de recherche, à en-tête du ministère de l'Intérieur, pour présenter une personne suspectée de pédophilie¹⁴⁵⁹. Un tel comportement peut être qualifié **d'imitation-reproduction**, non pas que les moyens aient été véritables, le procédé ici important peu et n'étant pas une condition à l'infraction ; mais parce que les **éléments du modèle ont été parfaitement et entièrement repris**. Le comportement d'imitation se déduit de son résultat, un avis de recherche qui présente l'apparence de la marque de l'autorité. Il suffit donc de regarder **l'objet fabriqué illicitement** pour constater l'imitation.

745. ***La création d'une apparence de la réalité.*** L'imitateur crée une confusion **parfaite** entre le vrai et le faux objet, dont **l'apparence est bien celle de la réalité**. Il en résulte que le faux peut remplacer le vrai, c'est-à-dire être pris pour le vrai. Il n'est donc pas nécessaire de vérifier

¹⁴⁵⁹Cass. crim., 23 mai 2002, n° 00-87043, non publié au bulletin.

son aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public. Parce que l'imitation est parfaite, **cette capacité à créer une confusion** est incontestable et doit être **présumée de manière irréfragable**, une personne raisonnable pouvant être dupée. La contrefaçon est ainsi caractérisée dans la reproduction, sur une plaque d'immatriculation délivrée par l'autorité publique, du millésime donnant l'apparence qu'elle est valable, une telle plaque constituant une marque de l'autorité au sens de l'article 142 de l'ancien Code pénal et actuel 444-3 du Code pénal nouveau¹⁴⁶⁰. Le comportement d'imitation se déduit de son résultat, il suffira *a priori* d'analyser cet objet imitant pour caractériser l'imitation par contrefaçon.

Toutefois, l'infraction de contrefaçon ne se limite pas à une reproduction parfaite. Et l'on constate certaines difficultés d'application des textes pénaux lorsque l'agent imite la chose imparfaitement.

b) La contrefaçon élargie à l'imitation imparfaite d'une chose publique : une imitation-simulacre

746. **La sanction du bon comme du mauvais imitateur.** L'imitateur qui reproduit parfaitement une chose publique présente une dangerosité certaine. Cependant, le « mauvais » imitateur est également sanctionné, son comportement pouvant entraîner des conséquences préjudiciables, tant au niveau économique qu'à l'égard des individus qui prendraient pour vrais les signes imitants. Le législateur prévoit de sanctionner largement les infractions de contrefaçons afin de punir celui qui fabriquerait même imparfaitement un signe public.

Sans définition légale, la jurisprudence s'est vite emparée du champ d'application de l'infraction de contrefaçon afin de punir toute fabrication d'une chose publique, même si l'objet contrefaisant n'est qu'une imitation imparfaite de l'objet-modèle dont la plupart du temps le risque de causer une méprise dans l'esprit du public doit être évalué (α). Cependant, dans le cas de la monnaie, il semble que parfois la jurisprudence a pu se contenter d'une imitation très imparfaite pour caractériser la contrefaçon sans exiger l'existence d'une aptitude de l'objet imitant à causer une méprise dans l'esprit du public (β).

¹⁴⁶⁰Cass. crim., 15 février 1930, B. crim. n° 58.

α) L'imitation-simulacre par reproduction d'une chose publique

747. ***L'imperfection de l'imitation de la chose publique.*** Le législateur n'a jamais souhaité distinguer le bon du mauvais contrefacteur¹⁴⁶¹. Et pour sanctionner toute contrefaçon, même imparfaite, la jurisprudence s'est prononcée dès le XIX^{ème} siècle.

Dans un arrêt du 29 janvier 1830, suivi par un autre du 25 mars 1837, la chambre criminelle a ainsi considéré que cette infraction pouvait « résulter d'une somme d'apparences suffisantes pour que la circulation de la monnaie contrefaite puisse en être obtenue au détriment de la monnaie véritable »¹⁴⁶². Par ailleurs, dans un arrêt du 15 février 1930, la même chambre a raisonné identiquement en matière de marques de l'autorité en affirmant qu'il suffit d'imiter une partie de la chose « de manière à donner à l'ensemble toutes les apparences de l'objet contrefait »¹⁴⁶³. Cette solution peut être transposée concernant les titres et autres valeurs fiduciaires.

Une telle position n'est aujourd'hui pas remise en cause. Entre donc dans le champ d'application de l'infraction de contrefaçon, à côté de l'imitation parfaite du signe public, son imitation imparfaite.

L'imperfection du résultat de l'imitation ne disqualifiant pas systématiquement l'infraction de contrefaçon, les juges du fond ont à rechercher les ressemblances entre le signe public pris pour modèle et le signe imitant.

748. ***Une imitation-simulacre par reproduction.*** Parce que l'agent ne crée qu'une « somme d'apparences suffisante », il ne commet pas une reproduction parfaite mais une imitation-simulacre. Plus exactement, dans la mesure où la reproduction d'une ou plusieurs parties - essentielles - de l'objet- modèle suffit à donner l'apparence de la chose entière, nous pouvons qualifier ce comportement **d'imitation-simulacre par reproduction**.

Dans ce sens a été jugé que constituait une contrefaçon la reproduction de l'avvers d'une pièce française et le revers d'une pièce étrangère¹⁴⁶⁴, l'apparence étant suffisamment

¹⁴⁶¹Le rapporteur de la commission du corps législatif considérait qu'« il importe peu, dans un crime de ce genre, que les fabricateurs aient imité plus ou moins bien les monnaies ayant cours légal, leur titre et leur poids : le crime est le même ; toute distinction était inutile » (cité par A. CHAUVEAU, F. HELIE, op. cit., p. 277). Pour MM. A. CHAUVEAU et F. HELIE, le crime n'est pas le même, l'agent habile étant plus dangereux.

¹⁴⁶²Cass. crim., 5 octobre 1821, Gorrichon, B. crim. an 1821, p. 484 ; V. également, Cass. crim., 2 juin 1853, D. 53, 5, 225.

¹⁴⁶³Cass. crim., 15 février 1930, B. crim. n° 58, DP 1930. 1, 134, rapp. LEGRIS V. toutefois antérieurement contra CA Dijon, 3 mai 1929, D. 1929. 387.

¹⁴⁶⁴Cass. crim., 25 mars 1837, S. 38, 1, 71.

trompeuse¹⁴⁶⁵ pour remplacer le vrai. On comprend ici que l'imitation, bien qu'imparfaite et comportant des différences qui rendent possible la distinction entre fausse et vraie pièce, est sanctionnée parce qu'elle entraîne l'illusion du vrai mais surtout que la fausse pièce qui reproduit parfaitement un côté du modèle pourrait être acceptée dans une transaction financière.

Par ailleurs, la chambre criminelle s'est prononcée, dans un arrêt du 9 mars 2004¹⁴⁶⁶ à propos d'un individu qui avait placé dans des boîtes aux lettres, des tracts publicitaires en faveur d'un magazine, en forme d'avis de saisie établis par huissier de justice. Le prévenu avait reproduit la figure de la Liberté, telle que prévue pour le sceau de l'État, avec l'inscription, sur le pourtour, « ministère de la justice ». Il avait donné à cet ensemble l'apparence de la marque d'une autorité publique et donc avait commis une infraction de contrefaçon au sens de l'article 444-3, 1° du Code pénal. Alors qu'il avait tenté d'arguer que l'infraction de contrefaçon ne réprime que la reproduction servile, les juges ont entendu appliquer la solution ancienne de la jurisprudence¹⁴⁶⁷. Cette solution montre l'étendue du champ d'application de la contrefaçon ainsi que la sévérité des magistrats¹⁴⁶⁸. Dès lors que la reproduction d'une partie donne l'apparence du tout, l'infraction de contrefaçon est caractérisée, dans son élément matériel.

749. *La création d'une apparence de réalité fondée sur des éléments de la réalité.* Le contrefacteur d'une chose publique crée ici une **apparence de réalité** qui contient des **éléments de la réalité** donnant à l'ensemble le pouvoir de remplacer le véritable signe. Compte tenu de l'intention de l'imitateur, que nous verrons par la suite¹⁴⁶⁹, les juges affirment le risque de confusion entre l'objet-modèle et l'objet imitant dès lors qu'ils constatent la reproduction d'un des éléments de la chose publique donnant à l'ensemble l'apparence du vrai. Il est inutile pour l'imitateur de tenter de prouver que son imitation imparfaite ne peut entraîner aucune méprise dans l'esprit du public¹⁴⁷⁰.

Ainsi, les juges pénaux recherchent les éléments de la réalité qui leur permettent de

¹⁴⁶⁵On peut noter ici une distinction entre la contrefaçon en droit de la propriété intellectuelle et en matière de chose publique. En effet, les juges, au-delà d'analyser la reproduction d'éléments essentiels, telle que l'empreinte, ils devront se prononcer sur l'ensemble apparent de l'imitation-objet, en matière d'imitation-simulacre.

¹⁴⁶⁶Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 62, D. 2004. Somm. 2753, obs. DE LAMY, Dr. pénal 2004. 100 (1^{ère} esp.), obs. VERON.

¹⁴⁶⁷V. contra B. DE LAMY, *Une publicité peut constituer une falsification des marques de l'autorité publique*, D. 2004, p 2753.

¹⁴⁶⁸Ibid. Le Professeur Bertrand DE LAMY soulève que « les magistrats n'ont pas accordé de poids à ces considérations, cherchant avant tout à protéger la crédibilité des marques de l'État, conformément à la place que ces délits occupent dans le code, et quitte à entendre leur lettre de manière large. On ne plaisante pas avec les signes de l'autorité ».

¹⁴⁶⁹V. *infra* n° 764.

¹⁴⁷⁰V. aussi CA Aix-en-Provence, 30 juin 1992, Juris-Data n°1992-046125.

conclure à l'apparence de réalité, c'est-à-dire le caractère vraisemblable de la chose imitante. L'imitation-simulacre par reproduction est appréciée ici comme une imitation-reproduction, en se fondant sur la constatation de la reproduction des éléments de la réalité. Le **risque de méprise n'est pas recherché**, mais doit être présumé de manière irréfragable.

750. C'est pourquoi il nous a semblé pertinent de parler d'imitation-simulacre par reproduction pour montrer que le juge fonde sa solution sur les éléments identiques entre le modèle et la copie. Toutefois, certaines décisions ont été discutées quant au fait de savoir si une imitation grossière de la monnaie peut caractériser l'élément matériel d'une infraction de contrefaçon¹⁴⁷¹.

β) La caractérisation d'une contrefaçon par imitation très imparfaite de la monnaie : la recherche discutée d'une apparence illusoire et trompeuse

751. **Position ancienne de la jurisprudence.** Dans un arrêt du 12 août 1835, la Cour de cassation, a reconnu « que les caractères légaux de la contrefaçon ne peuvent résulter que d'une somme d'apparences assez forte pour que le commerce de la circulation en soit affecté »¹⁴⁷². Cependant, dans un arrêt du 6 mai 1841, la Cour de cassation a déclaré que « quelque grossière et facile à découvrir que soit la contrefaçon des monnaies, elle n'en constitue pas moins le crime de fausse monnaie, lorsqu'elle a été faite avec une intention coupable, [...] bien qu'avec un peu d'attention il soit possible de reconnaître la fraude »¹⁴⁷³. Plus tard, la Haute Cour a considéré dans un arrêt du 2 juin 1853¹⁴⁷⁴ que l'accusé ne peut pas invoquer en sa faveur l'imperfection de son travail, et qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement l'aptitude de la monnaie à tromper celui qui la reçoit. Cette position fluctuante de la jurisprudence se retrouve dans les divergences des auteurs.

752. **Auteurs en défaveur de la caractérisation en cas d'une imitation grossière de la monnaie.** CHAUVEAU et HELIE, dans leur Théorie du Code pénal, en 1842, considèrent que « le crime de fausse monnaie suppose nécessairement que la monnaie contrefaisante a

¹⁴⁷¹Cette question ne semble pas s'être posée pour les titres et autres valeurs fiduciaires, ni pour les marques de l'autorité.

¹⁴⁷²Arr. Cass., 12 août 1835, Journ. Du dr. crim. 1835, p. 25.

¹⁴⁷³V. antérieurement Cass. crim., 6 mai 1841, D. 1841, 1, 299, S. 1841, 1, 501.

¹⁴⁷⁴Cass. crim., 2 juin 1853, D. 1853. 5. 225.

l'apparence de la monnaie véritable : une grossière ébauche ne serait pas même une imitation, la pièce véritable ne serait pas contrefaite ; il y aurait peut-être une intention criminelle, mais le fait matériel ne l'aurait pas suivie ; car on ne peut réputer crime un fait qui ne peut avoir aucun résultat, qui ne peut produire aucun dommage : c'est, dans ce cas, un simple projet resté sans exécution ; c'est non plus une modification, mais un fait exclusif de la criminalité »¹⁴⁷⁵. Ils ajoutent, « l'imperfection de l'émission n'est point une cause légale et ne peut constituer qu'une circonstance atténuante, néanmoins, lorsqu'elle descend à un degré de grossièreté et d'évidence tel, que le commerce de circulation ne puisse en être affecté, elle devient exclusive du crime lui-même ; les pièces fabriquées ou émises ne peuvent plus être regardées comme des monnaies fausses, puisqu'elles n'ont ni l'apparence ni les types des monnaies imitées ; le principal élément du crime n'existe pas ».

Ainsi selon ces auteurs, la contrefaçon n'est pas caractérisée si la pièce produite n'est pas une imitation ; et ils déduisent l'absence d'imitation de l'absence d'une apparence apte à tromper le public.

753. Auteurs en faveur de la caractérisation d'une contrefaçon en cas d'une imitation grossière. Pour CARNOT, dans son commentaire du Code pénal en 1836, « la monnaie contrefaite n'imiterait pas parfaitement la véritable, que sa contrefaçon n'en serait pas moins punissable, [...] mais la pièce contrefaite doit avoir au moins la forme extrinsèque de la pièce de monnaie qu'elle doit représenter »¹⁴⁷⁶. D'après GARRAUD, l'imitation grossière est sanctionnée par l'infraction de contrefaçon, « même si elle peut échapper à l'œil le moins exercé »¹⁴⁷⁷. Selon M. le Professeur Philippe CONTE, « dès lors que le délinquant aura fabriqué une pièce fausse, peu importe que l'imitation soit à ce point grossière, maladroite, qu'elle ne puisse tromper que des "yeux non exercés" ou qu'il eu été possible de déjouer la fraude "avec un peu d'attention" »¹⁴⁷⁸.

Nous rejoignons ces auteurs qui n'hésitent pas à parler de contrefaçon même dans le cas d'une apparence grossière du modèle imité, en soulignant par-là que ce n'est pas le risque de méprise qui caractérise l'infraction de contrefaçon de monnaie mais seulement l'imitation.

Plus contestable nous semble la position de CHAUCHEAU et HELIE qui réservent la

¹⁴⁷⁵A. CHAUCHEAU, F. HELIE, op. cit., p. 277.

¹⁴⁷⁶J.-F.-C. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, Paris : Nève, t. 1, 2^{ème} éd., 1836, p. 434. ; V. également J.-J. ROLLAND DE VILLARGUES, *Les codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine*, Paris : Henri Plon, 2^{ème} éd., 1864.

¹⁴⁷⁷GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1922, t. 3, p. 30.

¹⁴⁷⁸Ph. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, op. cit., p. 452.

qualification de contrefaçon à ce qui pour nous est une imitation-reproduction : la fausse monnaie doit avoir « l'apparence de la monnaie véritable », c'est-à-dire de la réalité. La grossière ébauche, parce qu'elle s'en éloigne de manière importante, (les pièces émises « n'ont ni l'apparence ni les types des monnaies imitées ») ne constitue pas pour eux une imitation. Or, si l'on s'en tient à la définition du terme, une ébauche est constituée par « les premiers essais, premier développement d'une chose, esquisse »¹⁴⁷⁹. L'ébauche grossière d'une monnaie doit donc se comprendre comme un **commencement intentionnel** de représentation du modèle-monnaie dont le résultat est donc par conséquent très imparfait. Ce qui nous permet de déduire qu'il s'agit d'un comportement d'**imitation-simulacre** qui n'a certes pas produit l'apparence de la réalité mais une **apparence de réalité dont le risque de causer une méprise dans l'esprit du public est nul**.

La monnaie apparaît ainsi comme un cas d'exception parmi les choses garantes de la confiance publique. La caractérisation de sa contrefaçon n'exige pas que soit constaté un risque d'atteinte à la foi publique. Ce qui permet à certains auteurs de considérer que la contrefaçon de monnaie est réprimée avant tout comme une atteinte à la souveraineté de l'Etat¹⁴⁸⁰.

Les anciennes solutions jurisprudentielles étaient assez pragmatiques, en permettant de punir celui qui n'avait pas fabriqué parfaitement le signe public¹⁴⁸¹. Aujourd'hui, il semble que l'imitation grossière, que ce soit de la monnaie mais également des autres signes publics, ne présentant pas une apparence suffisamment trompeuse, pourrait très bien, au vu du seul acte matériel, constituer soit un commencement d'exécution de l'infraction de contrefaçon (et il s'agirait alors plutôt de sanctionner une tentative de contrefaçon¹⁴⁸²), soit caractériser une infraction de ressemblance. Tout dépendra de l'intention coupable de l'agent.

754. ***Pour conclure sur nature hybride de l'infraction de contrefaçon d'une chose publique.*** Nonobstant les discussions en partie révélatrices de l'évolution législative et jurisprudentielle, nous retiendrons donc que la contrefaçon d'une chose publique peut être

¹⁴⁷⁹ A. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, V° Ebauche.

¹⁴⁸⁰ V. R. MERLE, VITU, *Droit pénal spécial*, t. 1, p. 930 ; V. également pour une considération de la protection de la souveraineté de l'Etat et du monopole de la puissance publique, R. GARRAUD, op. cit., t. 4, p. 30 ; Ph. CONTE, op. cit., p. 455.

¹⁴⁸¹ V. notamment la loi du 11 juillet 1885 interdisant de fabriquer, vendre, colporter ou distribuer tous imprimés ou formules simulant les billets de banque et autres valeurs fiduciaires (JO 11 juillet 1885, p. 298) ainsi que la loi n° 54-1215 du 6 décembre 1954 modifiant et complétant les articles 139, 140, 142 à 144, 260, 479 (§1), 480 (§1) et 481 (complété par un §3) du Code pénal : contrefaçon du sceau, des marques et du timbre de l'Etat, port des uniformes militaires.

¹⁴⁸² Le législateur prévoit effectivement dans le Code pénal la sanction de ce comportement aux articles 442-8 en matière de monnaie, 443-5 en matière de titres et autres valeurs, et 444-6 en matière de marques de l'autorité.

sanctionnée lorsqu'il est constaté que son acte matériel correspond à un acte soit d'**imitation-reproduction** soit d'**imitation- simulacre par reproduction**. L'infraction de contrefaçon d'une chose publique semble donc de nature hybride, avec une attention particulière portée par le juge sur la reproduction des éléments de la réalité. Pour la monnaie cette exigence est très atténuée puisqu'un simple rappel de la réalité suffit à être sanctionnée.

755. L'imitation-simulacre *stricto sensu* apparaît davantage sanctionnée au travers des infractions dites de ressemblances.

2) *L'infraction de ressemblance d'un objet imitant une chose publique : une imitation simulacre stricto sensu*

756. Dès 1885, le législateur souhaite sanctionner celui qui imiterait une chose publique imparfaitement mais avec des ressemblances suffisantes, non pas pour remplacer le vrai par le faux, mais risquant de causer une méprise dans l'esprit du public¹⁴⁸³. Quelque soit la chose publique, les textes sanctionnent la fabrication de tous objets, imprimés, formules qui présentent une ressemblance avec le signe public¹⁴⁸⁴ de nature, soit « à faciliter l'acceptation desdits objets, imprimés ou formules au lieu et place des valeurs imitées » - pour la monnaie et titres ou autres valeurs fiduciaires -, soit « à causer une méprise dans l'esprit du public » - pour les marques de l'autorité. Celles-ci sont prévues en matière de monnaie, titres et autres valeurs fiduciaires ainsi que des marques de l'autorité (a). Toutefois, si en théorie cette infraction paraît simple à distinguer de la contrefaçon, la jurisprudence semble parfois confondre les deux incriminations, rendant alors la compréhension des textes quelques peu incertaines (b).

a) *L'infraction de ressemblance : la création d'une apparence de réalité avec risque de méprise d'un public non raisonnable*

757. ***Une imitation-simulacre de la chose publique.*** Les infractions de ressemblance sont par définition des **imitations- simulacres**. En effet, elles ne sont pas des reproductions - ou

¹⁴⁸³ A travers des textes du Code pénal, que ce soit en matière de monnaie, de titres et autres valeurs fiduciaires, il s'agit de rechercher la « ressemblance de nature à faciliter l'acceptation desdites choses » ; ce qui revient à rechercher le risque de confusion puisque l'acceptation témoigne de la confusion dans l'esprit du public.

¹⁴⁸⁴ Art. 442-6 C. pén. (pour la monnaie) ; Art. 443-3 C. pén. (pour les titres et autres valeurs fiduciaires) ; Art. 444-5 C. pén. (pour les marques de l'autorité).

copies parfaites - mais des **copies ressemblantes de signes publics**. A la différence de la contrefaçon, il ne s'agit non pas de sanctionner une apparence de la réalité, mais une apparence de réalité, ne pouvant pas *a priori* remplacer le vrai par le faux. Le signe public imitant ne devrait ici être que vraisemblable en ressemblant plus ou moins au modèle.

758. *La création d'une apparence de réalité.* Toutefois, il faut noter que l'imitateur est nécessairement amené à reproduire un élément du signe public. L'imitateur, au-delà de créer une apparence de réalité, crée également une certaine apparence de la réalité, en ce qu'il reproduit, sous certains aspects, la réalité, c'est-à-dire le signe, telle que la reproduction d'une face d'un billet. Les textes d'incrimination, ni même la jurisprudence, n'imposent la même apparence qu'en matière de contrefaçon de signes publics. Ici, l'apparence de crédibilité est moins forte, n'ayant pas pour but de remplacer le vrai et donc de tromper une personne raisonnable. Il s'agit donc ici d'une **imitation-simulacre** entendue au sens strict et non d'une imitation-simulacre par reproduction. Il suffira pour les juges de constater une **apparence de réalité** et non de la réalité.

759. *Une aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.* La Cour de cassation a ainsi considéré dans un arrêt du 21 février 1978 que constitue une infraction de ressemblance le fait d'offrir aux lecteurs d'un magazine un porte-billets dont l'une des faces présente une forte ressemblance avec celle d'un billet de 500 francs¹⁴⁸⁵. Selon elle, l'objet imitant présentait une ressemblance suffisante avec le véritable billet pour prêter à confusion, surtout s'il était inclus dans une liasse de vrais billets. Peu importe que l'imitation ait eu effectivement pour résultat son acceptation par des personnes abusées¹⁴⁸⁶, l'infraction est formelle. Le juge doit apprécier l'aptitude de l'imitation de la monnaie à causer une méprise dans l'esprit d'un public non pas raisonnable mais de personnes négligentes ou pressées¹⁴⁸⁷.

Dans ce sens, ne saurait avoir un pouvoir trompeur la reproduction d'une seule face d'un billet de banque dans une revue dans la mesure où sa dimension ne correspond pas au véritable objet et que sa présentation est indissociable du support sur lequel elle est imprimée¹⁴⁸⁸, aucune apparence de réalité n'étant créée par l'imitateur.

En matière de titres et autres valeurs fiduciaires ou marques de l'autorité, pour pouvoir

¹⁴⁸⁵Cass. crim., 21 février 1978, B. crim. n° 65, Gaz. Pal. 1978, 1, 310, note DOLL, RSC 1978, 855, obs. VITU.

¹⁴⁸⁶Cass. crim., 21 février 1978, préc.

¹⁴⁸⁷V. solution réitérée TGI Paris, 22 octobre 1968, JCP 1969, IV, 93.

¹⁴⁸⁸CA Paris, 10 novembre 1999, Gaz. Pal. 2000, 1, Somm. 1323.

véritablement causer une confusion, l'agent doit avoir imité une formule officielle¹⁴⁸⁹ ou dans son ensemble avec quelques modifications des imprimés relevant du monopole de l'autorité publique¹⁴⁹⁰. La simple apparence de réalité suffisant. Par exemple, l'imitateur pourra avoir repris la couleur du papier qui représente un acte précis et réservé pour ce dernier tels que le jaune pour les dépêches officielles¹⁴⁹¹. En revanche, comme le soulève Mme le Professeur Michèle-Laure RASSAT, il n'est pas interdit à de simples particuliers d'user d'un style comminatoire ou de cachets portant l'inscription « service des poursuites », car ces faits ne constituent pas un empiètement abusif sur l'apanage exclusif des huissiers ou des agents du Trésor, du moins tant que l'agent s'est abstenu de recopier les formules officielles¹⁴⁹². En effet, l'apparence de réalité créée n'est pas suffisamment trompeuse pour un public non raisonnable.

L'escroquerie, infraction palliative. L'escroquerie¹⁴⁹³ pourra, toutefois, être retenue parce qu'elle peut être entendue comme infraction palliative, lorsque l'agent aura copié un signe qui ne présente pas d'apparence suffisamment trompeuse pour duper un public même non raisonnable. Ainsi retiendra-t-on plutôt l'escroquerie en fonction des circonstances dans lesquelles l'agent aura inscrit son comportement, tant au regard de la matérialité de l'acte que de son intention. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal de Seine dans une décision du 23 novembre 1895¹⁴⁹⁴ concernant l'imitateur de timbres oblitérés et hors d'usage postal, pour les vendre à des collectionneurs.

Le degré de crédibilité de l'objet imitant apparaît donc déterminant pour distinguer imitation-simulacre par reproduction et **imitation-simulacre stricto sensu**. Alors que la première crée une illusion de la réalité telle qu'elle ne peut être combattue par une personne raisonnable ; la seconde ne crée qu'un risque de confusion par une personne non raisonnable, négligente ou pressée, pour la monnaie, par la création d'une simple apparence de réalité.

760. **Exemples jurisprudentiels.** C'est dans ce sens qu'il a été jugé que commettait une infraction de ressemblance un metteur en scène de cinéma qui, pour filmer un effet de foule, a fait déverser d'un lieu élevé dans une rue passante des centaines d'imprimés présentant avec le billet de 500 francs français une forte ressemblance même si, à l'examen, ces imprimés ne

¹⁴⁸⁹CA Paris, 7 avril 1960, préc.

¹⁴⁹⁰V. par ex. CA Bordeaux, 7 décembre 1960, JCP 1961 II, 12047 (2^{ème} espèce), s'agissant d'un imprimé intitulé « commandement » et reproduisant le texte d'un véritable commandement, en remplaçant « Nous... huissier » par « Nous... agent de poursuite, avons fait commandement ».

¹⁴⁹¹CA Paris, 15 décembre 2009, JurisData n° 2009-020105.

¹⁴⁹²CA Paris, 7 avril 1960, préc.

¹⁴⁹³Art. 313-1 C. pén.

¹⁴⁹⁴T. Corr. Seine, 23 novembre 1895, DP 1897, 2, p. 31.

pouvaient être acceptés en lieu et place de billets véritables¹⁴⁹⁵. Dans un autre arrêt du 9 mars 2004¹⁴⁹⁶, le prévenu avait placé, sur des véhicules, des tracts publicitaires en faveur d'un magazine dont l'un des côtés comportait de faux avis de contravention de stationnement et l'autre faisait la promotion dudit magazine.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que les « tracts publicitaires, prenant, sur une face, la forme de faux avis de contravention de stationnement et faisant, sur l'autre face, la promotion d'un article du magazine “Lyon Mag”, ont été distribués sur la voie publique ; que plusieurs personnes ont envoyé l'avis trouvé sur le pare-brise de leur véhicule après y avoir apposé un timbre fiscal de paiement d'une amende ». L'arrêt retient que le recto du tract publicitaire présentait, avec les imprimés officiels utilisés pour verbaliser les conducteurs, « une ressemblance étroite, de nature à causer une méprise dans l'esprit du public, ne fût-ce que momentanée¹⁴⁹⁷, avec les documents officiels ». L'article 444-5 du Code pénal, délit de ressemblance, était donc applicable, la création d'une apparence de réalité, même momentanée, suffisant à caractériser le délit. Peu importe qu'un examen plus poussé permette de dissiper l'illusion et annule l'effet de tromperie du faux signe. Des individus avaient, dans cette espèce, pris le faux pour le vrai puisqu'ils avaient renvoyé avec un timbre fiscal les faux avis de contravention de stationnement. Une personne raisonnable n'aurait pas confondu ces faux avec de véritables contraventions.

761. ***Pour conclure sur l'imitation-simulacre d'une chose publique.*** Ainsi, lorsque la copie d'une chose publique est une imitation-simulacre par création d'une simple apparence de réalité, les juges ont à rechercher le risque de méprise créée dans l'esprit d'un public non raisonnable. Toutefois, la jurisprudence semble parfois s'éloigner de cette démarche, confondant parfois infraction de contrefaçon et infraction de ressemblance en cas d'imitation-simulacre.

b) *La possible confusion entre infraction de ressemblance et contrefaçon*

762. ***La confusion des infractions par les juges du fond.*** Les juges du fond semblent parfois qualifier d'infraction de ressemblance des actes où pourtant, il apparaît clairement qu'il s'agit d'une contrefaçon, l'apparence créée n'étant pas de réalité mais de la réalité. Dans un arrêt de la

¹⁴⁹⁵T. corr. Paris, 22 octobre 1968, JCP G 1969, IV, 93.

¹⁴⁹⁶Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 63, p. 238.

¹⁴⁹⁷L'infraction semble donc être instantanée.

cour de Paris du 4 février 1992¹⁴⁹⁸, les juges ont considéré que le prévenu avait commis une infraction de ressemblance pour avoir « fabriqué une carte tricolore à son nom, de membre honoraire du Ministère de l'Intérieur, offrant des ressemblances avec des cartes professionnelles des fonctionnaires de police et revêtue du cachet (Marianne) du 3^{ème} Cabinet de Délégations Judiciaires ». Ici, incontestablement, la carte présentait une ressemblance telle qu'elle pouvait remplacer la véritable, et causer une méprise dans l'esprit d'une personne raisonnable. Elle correspondait donc au moins à une imitation-simulacre par reproduction. Ce qui aurait dû, selon le concept d'imitation, conduire les juges à constater un acte de contrefaçon et non de ressemblance au sens de l'article 144 2° de l'ancien Code pénal, aujourd'hui 444-5.

763. ***La question du double emploi des infractions.*** Ainsi appliquées, les infractions de contrefaçon et de ressemblance semblent faire « double emploi » pour qualifier certaines imitations-simulacres de choses publiques. Pourtant leur distinction est fondamentale dans la mesure où les infractions de contrefaçon sont sanctionnées beaucoup plus sévèrement que les infractions de ressemblance¹⁴⁹⁹.

Issues des cours du second degré, ces solutions jurisprudentielles ambiguës obscurcissent la lecture des textes et la compréhension des champs d'application respectifs de la contrefaçon et de l'infraction de ressemblance. Certes, l'appréciation de l'aptitude à tromper le public appartient aux juges du fond. La frontière entre apparence de la réalité et apparence de réalité semble parfois mince ou appréciée difficilement par le juge pénal.

C'est pourquoi la qualification de l'infraction en contrefaçon ou de ressemblance ne doit pas être déterminée au seul regard de la chose imitée, dont on déduirait le comportement d'imitation. C'est le comportement d'imitation lui-même et dans son ensemble qu'il convient d'analyser pour, au-delà du critère lié au risque de tromperie, apprécier notamment l'intentionnalité de l'agent.

B. L'intention de l'imitateur distincte suivant l'infraction considérée

764. L'infraction de contrefaçon et l'infraction de ressemblance, quel qu'en soit l'objet, sont

¹⁴⁹⁸CA Paris, 4 février 1992, n° 6521/91, JurisData n° 1992-020361.

¹⁴⁹⁹Par exemple, l'article 442-1 du Code pénal en matière de contrefaçon de monnaie prévoit une peine de trente ans de réclusion criminelle et 45 000 euros d'amende. La fabrication de monnaie ressemblante est sanctionnée par l'article 442-6 du même Code d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

toutes deux intentionnelles, au regard de l'article 121-3 du Code pénal. Elles demandent chacune pour leur constitution un dol général (1). Depuis une jurisprudence bien acquise depuis la fin du XVIII^{ème} siècle, la contrefaçon appellerait également un dol spécial, exigence qui permet de la distinguer nettement des infractions de ressemblance (2).

1) *L'exigence d'un dol général pour la caractérisation d'une contrefaçon ou d'une infraction de ressemblance*

765. *Le dol général des infractions de contrefaçon ou de ressemblance.* L'agent doit avoir eu la conscience et la volonté de fabriquer illicitement de la fausse monnaie, un faux titre ou autre valeur fiduciaire ou encore une fausse marque de l'autorité. Il doit donc avoir eu l'intention d'imiter des signes publics, en sachant que les ressemblances des signes imitants avec les véritables choses pouvaient créer une méprise ou une confusion dans l'esprit du public auquel ils étaient destinés.

766. *L'indifférence du mobile.* Par principe, peu importe le mobile, c'est bien l'imitation d'un signe public qui est sanctionnée. Dans ce sens, celui qui fabrique une imitation de monnaie pour une publicité ou promotion¹⁵⁰⁰ ou encore pour monter un bijou¹⁵⁰¹ ne saurait être impuni. Toutefois, il est de rigueur de considérer que le collectionneur, le scientifique¹⁵⁰² voire l'artiste ne commettent pas d'imitation illicite. Enfin, il importe peu le profit qu'aurait obtenu l'imitateur lui-même ou un autre¹⁵⁰³.

767. *L'intention de créer une apparence illusoire.* Plus précisément, il s'agit bien ici de punir la seule intention de créer, par l'imitation d'une chose publique, une apparence illusoire (de la réalité ou de réalité) risquant d'être trompeuse. Cet élément moral peut être déduit du seul résultat, à savoir l'objet imitant.

En revanche, si l'imitateur démontre une intention plus particulière, alors l'infraction

¹⁵⁰⁰Cass. crim., 9 mars 2004, préc. ; V. également l'article R. 642-4 du Code pénal qui sanctionne « Le fait d'utiliser comme support d'une publicité quelconque des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France ou émis par les institutions étrangères ou internationales habilitées à cette fin est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2^{ème} classe ».

¹⁵⁰¹Cass. crim., 18 juillet 1963, B. crim. n° 259, D. 1963, 604, Gaz. Pal. 1964 1, 70.

¹⁵⁰²CA Paris, 13 mai 1891, DP 1892 2, 399.

¹⁵⁰³ V. en ce sens M.-L. RASSAT, op. cit., n° 22 ; V. contra R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Paris : Sirey, t. 4, 1888, n° 82.

devra nécessairement être qualifiée de contrefaçon.

2) *L'exigence d'un dol spécial pour la qualification de contrefaçon*

768. Le législateur n'a pas pris soin d'exiger expressément une intention particulière en matière de contrefaçon de titres et autres valeurs fiduciaires, de marques de l'autorité et de monnaie. Néanmoins, la jurisprudence a naturellement imposé pour la caractérisation de cette infraction un dol spécial, qui diffère, cette fois ci, selon que l'objet de l'imitation est une monnaie (a) ou un autre signe public (b).

a) *La contrefaçon de monnaie : une intention de mise en circulation*

769. ***L'intention de mise en circulation.*** Dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 prairial an IV, le crime de contrefaçon ne pouvait être caractérisé sans que la fabrication ait été faite « méchamment » ou « à dessein de nuire »¹⁵⁰⁴. Sous l'empire du Code pénal de 1810, une telle solution était maintenue puisque les juges pénaux constataient l'infraction seulement si l'agent démontrait une intention coupable d'imiter la monnaie avec une volonté de l'émettre¹⁵⁰⁵. Dans un arrêt du 2 avril 1868, la chambre criminelle a considéré que l'imitateur devait être animé d'une intention d'imiter la monnaie pour mettre en circulation la monnaie contrefaisante. Peu importe l'émission effective, il suffit que l'agent ait été animé de ce dol spécial¹⁵⁰⁶.

770. ***L'exigence de dol spécial.*** Le dol spécial¹⁵⁰⁷ de la contrefaçon de monnaie est donc constitué par une **intention de mise en circulation**. A ce titre, différentes remarques sont à émettre.

771. ***La différence entre intention de mise en circulation et intention de tromper.*** D'abord, cette intention ne doit pas être confondue avec l'intention de tromper. En effet, dans la décision

¹⁵⁰⁴Cass, 14 prairial An IV, Soutrouille (V. M. LEDRU-ROLIN, *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1847, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Paris : Bureau du journal du Palais, t. 7, 1847, p. 448).

¹⁵⁰⁵Cass. crim., 6 mai 1841, préc.

¹⁵⁰⁶Cass. crim., 2 avril 1868, B. crim. n° 88 ; Cass. crim. 23 novembre 1888, B. crim. 353.

¹⁵⁰⁷Le dol spécial, rappelons-le, est entendu comme une intention particulière exigée au côté du dol général.

du 22 octobre 1968 citée précédemment¹⁵⁰⁸, le cinéaste qui avait imité des billets de banque de 500 francs avait bien l'intention de tromper le public afin de provoquer et filmer un mouvement de foule. Un examen plus poussé, même rapide, attestait que les faux billets n'étaient que de grossières imitations dont l'apparence ne permettait pas de les présenter au lieu et place de véritables. L'intention de tromper, incontestable, ne pouvait être assimilée à une intention de mise en circulation des faux billets et seule l'infraction de ressemblance était caractérisée. Il en est de même de l'agent qui ne reproduit qu'une face d'un billet de 500 francs¹⁵⁰⁹. La face « manquante » est en faveur de l'absence d'une mise en circulation et disqualifie une contrefaçon. En risquant de causer une méprise dans l'esprit d'un public peu raisonnable, le prévenu commet une infraction de ressemblance et de mise en danger suffisamment répréhensible. Si l'intention de mise en circulation suppose une intention de tromperie, l'inverse n'est pas toujours vrai.

772. ***La présomption de l'intention au regard de l'acte matériel.*** Les juges n'ont pas à relever expressément le dol spécial¹⁵¹⁰. L'intention particulière sera présumée au regard notamment des circonstances qui entourent l'infraction, telles que la quantité importante de fausse monnaie ou encore la qualité plus ou moins parfaite de celle-ci. Il restera à l'agent de démontrer qu'il n'était pas animé d'une telle intention, que la monnaie ait cours légal ou non.

773. ***La différence entre intention de mise en circulation et conscience d'une possible mise en circulation.*** Par ailleurs, cette intention ne doit pas être confondue avec la simple conscience de mise en circulation possible de la monnaie imitante. Par exemple, concernant l'imitation de monnaie n'ayant plus cours légal, il paraît parfois difficile de tracer la limite entre imitation licite et imitation illicite au regard de cette intention. Le collectionneur qui met en vente un objet imitant un signe public commet une contrefaçon, par fabrication illicite s'il a lui-même reproduit la pièce, mais aussi pour l'usage, le transport, la vente et/ou la distribution prévus par les articles 441-1 à 444-3 du Code pénal. Il en est de même pour celui qui fabrique une imitation d'une pièce d'or afin de la faire sertir par un joaillier, mais uniquement s'il est animé d'une intention de mise en vente¹⁵¹¹. Or, il est plus difficile d'apprécier cette condition dans ces

¹⁵⁰⁸TGI Paris, 22 octobre 1968, JCP 1969 IV, 93.

¹⁵⁰⁹Cass. crim., 21 février 1978, préc.

¹⁵¹⁰R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., n° 634, p. 496.

¹⁵¹¹Cass. crim., 13 février 1969, B. crim. n° 79, D. 1969. 269, rapp. ESCOLIER, RSC 1969. 660, obs. VITU. On remarquera qu'à l'époque de l'arrêt, le trafic de fausses monnaies n'ayant plus cours légal était incriminé de façon autonome par l'ancien Code pénal. La question peut donc se poser de savoir si le contrefacteur qui se

circonstances¹⁵¹², une telle création pouvant tout à fait être cédée à titre gratuit, mais aussi par la suite, circuler dans le commerce et constituer dans ce cas un délit. Tout dépendra de l'appréciation des juges du fond.

Il nous paraît cependant nécessaire de distinguer conscience d'une possibilité et intention de mise en circulation. Celui qui fait monter en bijou une pièce imitée peut être effectivement conscient du risque de revente mais n'est pas nécessairement animé de cette intention.

774. *La nécessité de prévoir expressément l'intention dans le texte d'incrimination.* La considération d'une intention particulière à la contrefaçon de monnaie paraît de bon sens, et il est regrettable que la disposition ne la prévoie pas expressément car il est de rigueur pénale de ne pas interpréter là où la loi ne distingue pas. Il nous semble donc opportun que le législateur intervienne pour clairement exprimer une exigence supplémentaire pour la constatation de l'infraction de contrefaçon, à savoir un dol spécial. D'autant plus que l'intention de mise en circulation pourrait établir une nuance entre infraction de contrefaçon et infraction de ressemblance alors même que l'imitation est grossière¹⁵¹³.

775. En matière de titres et marques de l'autorité publique, il s'agit d'apprécier une intention

contente de fabriquer des imitations de monnaies anciennes sans aucune intention de les mettre, même gracieusement, sur le marché peut être poursuivi pour contrefaçon.

¹⁵¹²Cass. crim., 13 mai 1987, B. crim. n° 196, Gaz. Pal. 1987, 2, 582, RSC 1988. 99, obs. MASSE.

¹⁵¹³Il peut arriver que l'imitateur ait l'intention de mettre en circulation une monnaie imparfaitement imitée et inapte en elle-même à remplacer la véritable. L'agent peut par exemple reproduire approximativement la taille et la couleur d'un billet et le glisser dans une liasse de valeurs véritables pour le mettre en circulation. Si l'on confond le comportement d'imitation avec son résultat, en examinant uniquement l'acte matériel, on constate une infraction de ressemblance où le billet incriminé est apte à tromper un public peu raisonnable. C'est ignorer la volonté de l'agent d'écouler le billet en usant d'un stratagème pour le faire accepter au lieu et place d'un vrai billet. Seule la qualification de contrefaçon permet de sanctionner la volonté manifeste de mettre en circulation de la fausse monnaie. Il faut rappeler qu'en droit pénal, il est souvent de mise de considérer que l'intention du délinquant est prédominante sur l'acte matériel. Toutefois, si un tel criminel présente une dangerosité certaine, il paraît relativement contestable de le punir pour ce qu'il n'a pas réussi à accomplir, à savoir un signe public qui puisse remplacer le vrai. Une telle situation rappelle celle des infractions manquées assimilées à la tentative interrompue. Selon la théorie de l'infraction manquée, l'agent échoue à la réalisation de l'infraction en raison de sa maladresse ou encore d'un événement inattendu. Parce que l'infraction manquée ressemble à la tentative, l'article 121-5 du Code pénal, appliqué par la jurisprudence, lui assimile cette dernière. L'auteur a exécuté son acte matériel mais le résultat recherché est différent. Dans le cas du mauvais imitateur, la maladresse tient à son incapacité de pouvoir fabriquer une fausse monnaie susceptible de remplacer la véritable. Appliquée aux délits d'imitation, cette théorie permettrait incontestablement de punir le mauvais imitateur qui présente toutefois une réelle intention de mise en circulation, au titre de la contrefaçon manquée et ce malgré la mauvaise qualité du résultat. Dans une telle situation où le comportement ne se confond pas avec son résultat, l'objet imitant ne suffit pas pour caractériser l'infraction, mais l'appréciation de l'intention apparaît indispensable. V. D. REBUT, *Tentative*, Rep. pén., 2009, n°44 ; M. SEGONDS, *Tentative*, art. 121-4 et 121-5, J.-Cl. Pénal Code, fasc. 20, n° 68 ; V. également J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris : Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, p. 381.

de tromper.

b) La contrefaçon de titres et autres valeurs fiduciaires et marques de l'autorité publique :
une intention de tromper

776. ***L'intention de tromper.*** La contrefaçon de titres et autres valeurs fiduciaires, ainsi que de marques de l'autorité, est porteuse d'une intention de tromper qui semble bien permettre de la distinguer d'une infraction de ressemblance. Les deux espèces rendues le 9 mars 2004 concernant le même prévenu pour deux faits différents en sont un exemple. La chambre criminelle a ainsi considéré que l'imitateur qui avait reproduit la figure de la Liberté, telle qu'elle est inscrite sur le sceau de l'État, avec l'inscription, sur le pourtour, « ministère de la justice » avait bien démontré une intention de tromper, ne fût-ce que momentanément, les destinataires de faux avis de saisie¹⁵¹⁴. Il s'agissait donc bien d'une infraction de contrefaçon qui nécessite la démonstration du dessein de nuire du faussaire. En revanche, en fabriquant des tracts publicitaires, prenant, sur une face, la forme de faux avis de contravention de stationnement et faisant, sur l'autre face, la promotion d'un article du magazine "Lyon Mag", l'imitateur avait la seule intention de reproduire une apparence ressemblante, sans pour autant tromper les destinataires de la publicité en leur faisant croire qu'il s'agissait de vraies contraventions¹⁵¹⁵.

Si aucune jurisprudence ne l'illustre en matière de titres et autres valeurs fiduciaires, le même raisonnement peut être tenu.

777. ***Pour conclure sur l'élément moral de l'infraction de contrefaçon et l'infraction de ressemblance.*** Dans une infraction de contrefaçon, l'imitateur doit avoir la volonté et la conscience que l'objet imitant peut être pris pour le vrai et puisse être utilisé, par lui ou par un autre. Dans le cas où il n'aurait produit qu'une grossière imitation, il pourrait néanmoins être sanctionné pour tentative. Alors que dans l'infraction de ressemblance, l'intention de tromper n'est pas manifeste mais la seule conscience de fabriquer un objet susceptible de créer une méprise dans l'esprit d'un public non raisonnable suffit à caractériser le délit.

Il nous apparaît certain que l'analyse de toutes les composantes du comportement d'imitation présente un intérêt évident pour nuancer la qualification d'une fabrication illicite

¹⁵¹⁴Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 62.

¹⁵¹⁵ Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 63, p. 238.

d'une chose publique, en levant notamment quelques ambiguïtés jurisprudentielles. Elle permet également, si l'on considère la question du modèle de l'imitation, de suggérer l'idée que le droit pénal s'autorise à sanctionner certaines imitations personnelles au sein des infractions d'imitation de choses publiques.

C. Les modèles possibles de l'imitation : une chose, une personne ou un personnage

778. Lorsqu'un individu fabrique illicitement une chose publique, on peut considérer qu'il entre dans un double comportement d'imitation. D'une part, il reproduit, plus ou moins parfaitement, un signe réservé, selon la manière dont il se le représente, un modèle matériel ou plus exactement matérialisé. D'autre part, il accomplit un ou des actes réservés. Touchant au monopole de l'État, l'imitateur a au moins conscience qu'il agit comme le ferait un représentant de l'autorité publique, ce qui constitue pour lui un modèle humain, et plus exactement un personnage investi de certaines fonctions. En sanctionnant les infractions de contrefaçon ou de ressemblance, le législateur réprime surtout l'imitation d'une chose, le modèle du comportement étant explicitement un objet protégé (1). Cependant, il n'a pas négligé de punir certaines imitations personnelles, lorsque l'agent n'accomplit pas tant une imitation de chose qu'un acte réservé à certains représentant de l'État (2).

1) *La prévalence d'infractions sanctionnant l'imitation d'une chose : une protection renforcée des signes de l'État*

779. ***La protection possible des signes publics en tant que création.*** Tous les signes, titres et autres valeurs fiduciaires ou marques de l'autorité publiques ont été créés afin de garantir la sécurité et la légalité des actes produits au cours des échanges sociaux. Pour pouvoir être reconnus de tous comme garants de la confiance publique, ils sont pensés, intellectualisés et en ce sens peuvent être considérés comme des créations. A ce titre, leur protection peut relever du droit de la propriété intellectuelle, où la sanction de la reproduction d'une chose répond à la volonté du législateur de protéger son créateur, ou du moins le titulaire des droits d'exploitation de la création. Ainsi un article du Code monétaire et financier prévoit de protéger les monnaies, billets et pièces comme des œuvres de l'esprit et certaines dispositions désignent les

bénéficiaires des droits d'auteur¹⁵¹⁶.

780. ***La sanction majoritaire de l'imitation d'une chose.*** La protection des choses publiques est avant tout organisée pour elles-mêmes et ce qu'elles représentent. C'est pourquoi elle est prévue dans des infractions inscrites dans le Code pénal. Il est remarquable que dans les infractions de contrefaçon ou de ressemblance des choses publiques, il n'est pas question de vérifier s'il existe un droit ou une autorisation, ou encore une représentation du modèle dans l'esprit de l'agent. L'imitation de l'objet-modèle est illicite parce qu'il est un symbole de l'autorité étatique. Ainsi, par les incriminations de contrefaçons et de ressemblance, il ne s'agit non pas de sanctionner la fabrication d'une création mais la fabrication d'une chose réservée à l'autorité publique.

781. Dans ce même souci de protection, et au sein même de ces infractions, le législateur prévoit donc la sanction de l'imitation personnelle, notamment en incriminant des comportements d'usurpation de fonctions réservées.

2) *L'incrimination possible de l'imitation personnelle au travers d'une chose publique*

782. ***La sanction indirecte d'une imitation personnelle par l'infraction de contrefaçon ou de ressemblance.*** Fondées pour la plupart sur l'incrimination d'imitations de chose, les infractions de contrefaçon et de ressemblance participent indirectement à sanctionner des

¹⁵¹⁶V. Cass. 1^{ère} civ., 5 février 2002, B. civ. n° 41, D. 2002, p. 1128, obs. J.-P. GRIDEL, JCP G. 2002, II, 10088, note Ch. TOUBOUL. Dans cet arrêt du 5 février 2002, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la Banque de France et n'a pas censuré les juges du fond qui ont relevé « la fonction de mode de paiement légal dévolue aux billets de banque, émis et mis en circulation à cette fin par la Banque de France, établissement public administratif, leur affectation à l'intérêt général et le caractère de service public des opérations concernées ». Elle considère alors qu'il y a une incompatibilité « entre l'exercice de cette activité régaliennne et la protection revendiquée par le demandeur au pourvoi ». En l'espèce, une face de billets de banques avait été reproduite dans une revue. Mais par une loi n°2006-387 du 31 mars 2006 ratifiant l'ordonnance n°2005-429 du 6 mai 2005, le législateur a prévu un article L. 123-1 dans le Code monétaire et financier selon lequel les monnaies, billets et pièces, sont protégées comme des œuvres de l'esprit. Ceux-ci bénéficient donc de la protection offerte par le droit d'auteur. Le droit d'auteur des billets en euros appartient à la Banque centrale européenne (Déc. BCE, 20 mars 2003, BCE/2003/4, consid. n° 3). Les pièces de monnaie ayant cours légal et pouvoir libératoires destinées à la circulation en France, sont fabriquées par la Monnaie de Paris (ART. L. 121-2 C. mon. fin.). Notons qu'une communication de la Commission européenne du 10 février 2011, sur la protection du droit d'auteur pour le dessin de la face commune des pièces en euros prévoit que les droits d'auteur pour le dessin de cette face appartiennent à l'Union européenne représentée par la Commission, mais que cette dernière a cédé à chacun des États membres ayant adopté l'euro tous les droits détenus par l'Union pour le territoire de cet État membre. L'État français est donc titulaire du droit d'auteur sur son territoire. (Art. 1, Comm. UE, n° 2011/C41/03, JOUE 10 février 2011, n° C 41).

imitations personnelles. La répression de l'usage des signes publics, en particulier, peut être mise en œuvre dans les situations d'imitation illicite d'un personnage public. Les faux, écrits ou autre support de la pensée à valeur probatoire peuvent avoir été commis dans un contexte d'imitation de personne (l'on pense ici à la matérialisation des éléments d'identité). Dans la mesure où le document par exemple, contient une imitation de signature, l'imitateur agit à la place d'une personne. Toutefois, cette imitation personnelle ne définit pas l'infraction de faux ni de son usage, qui peut n'être que circonstanciée, et non son objet de répression.

783. ***L'infraction prévue d'imitation personnelle.*** En revanche, le législateur réprime des comportements qui se rapprochent de l'usurpation de fonction en matière de fabrication de signes publics. Parce que la reproduction des signes est un acte réservé, ce monopole étatique n'est délégué qu'à certaines personnes, physiques ou morales, remplissant ainsi une fonction sociale. Par exemple, la fonction de battre monnaie est réservée à la Banque de France et à la Monnaie de Paris, personnes morales, dont les membres sont des personnes physiques. Fabriquer une monnaie, mais également tout autre signe de l'État, peut, dans ce sens, être entendu comme une **imitation illicite de personnage**, parce que **l'agent imite, sans autorisation, celui qui est autorisé à produire de tels signes**. Au-delà de porter atteinte à la confiance publique, ce comportement porte incontestablement atteinte au monopole de l'État.

Se trouve en particulier incriminée à l'alinéa 2 de l'article 442-1 du Code pénal « la fabrication des pièces de monnaie et des billets de banque mentionnés à l'alinéa 1 de l'article réalisée à l'aide d'installations ou de matériels autorisés destinés à cette fin, lorsqu'elle est effectuée en violation des conditions fixées par les institutions habilitées à émettre ces signes monétaires et sans l'accord de ces institutions ». Le législateur prend ici en considération le moyen, le véritable procédé utilisé afin de fabriquer de la « monnaie matériellement vraie, mais considérée comme légalement fausse du fait de sa fabrication illicite »¹⁵¹⁷. Il ne s'agit pas de sanctionner une imitation matérielle de monnaie puisque le modèle n'est pas tant la monnaie elle-même¹⁵¹⁸. Le texte vise ici l'imitation personnelle, dont **le modèle est un personnage**. Une telle infraction s'apparente à une infraction d'usurpation en ce que l'agent ne se représente pas tant la monnaie comme modèle que le titulaire du droit de fabriquer licitement de la monnaie, dans les conditions légales fixées par les institutions. Les juges devront constater une fabrication sans habilitation actuelle. Seront sanctionnés notamment « les agents des

¹⁵¹⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 903.

¹⁵¹⁸ La monnaie est elle-même son modèle.

organismes d'État ou d'entreprises privées impliquées dans le processus de fabrication des monnaies qui utilisent, pour leur usage personnel ou pour un trafic, les installations ou matériels officiellement destinés à la fabrication de la monnaie et auxquels ils ont professionnellement accès »¹⁵¹⁹. Agissant, en dehors de ses prérogatives professionnelles, comme un personnage autorisé à la fabrication, l'imitateur entre dans une **imitation-reproduction illicite par l'utilisation de moyens vrais** (par l'utilisation des machines officielles). Il s'agit de sanctionner non pas la création de l'apparence de la chose mais de **l'apparence du personnage**. Ce que permet l'alinéa 2 de l'article 442-1 du Code pénal, relatif à la fabrication illicite de fausse monnaie avec de vrais moyens, est bien la sanction d'une usurpation de fonction, c'est-à-dire l'imitation personnelle d'un personnage public, dont l'intention est évidente : fabriquer sans autorisation¹⁵²⁰.

784. ***Pour conclure sur les choses publiques.*** Tout au long de ce paragraphe consacré à l'imitation des signes, titres et autres valeurs fiduciaires ou marques de l'autorité, nous avons pu relever la volonté du législateur de protéger les instruments qui garantissent la confiance publique. Cette protection passe d'abord par la sanction du mensonge constitué par les infractions de falsifications, et non de l'imitation bien que ce comportement puisse constituer un procédé secondaire pour altérer la réalité. L'imitation matérialisée d'une chose publique est plus particulièrement sanctionnée par les textes relatifs aux infractions de contrefaçon et de ressemblance. La contrefaçon est notamment caractérisée pour **l'imitation-reproduction de signes, titres et autres valeurs fiduciaires ou marques de l'autorité** qui crée une **apparence de la réalité**, difficilement distinguable de celle-ci. En cas d'imitation-simulacre, on constate quelques ambiguïtés jurisprudentielles pour caractériser clairement l'infraction, et notamment pour choisir l'une ou l'autre des incriminations. L'analyse approfondie du comportement d'imitation, au-delà du simple résultat matériel, permet cependant de résoudre quelques difficultés de qualification. Nous avons observé que la contrefaçon s'applique plus judicieusement si l'imitation-simulacre crée, à l'instar d'une imitation-reproduction, une **apparence de réalité qui s'appuie sur la reproduction d'éléments de la réalité**, où le faux remplace le vrai : une **imitation-simulacre par reproduction**. Alors que l'infraction de ressemblance se satisfait d'une simple **apparence de réalité**, c'est-à-dire une **imitation-simulacre au sens strict**, l'objet imitant devant cependant être suffisamment crédible pour

¹⁵¹⁹M-L. RASSAT, op. cit., n° 841, p. 903.

¹⁵²⁰Se référer à l'usurpation de fonction, sauf erreur de droit ou de fait à appliquer ici encore.

abuser une personne non raisonnable.

La considération de l'intention du comportement peut aussi faciliter la qualification, et la jurisprudence tend à exiger un dol spécial pour la contrefaçon, globalement celle de vouloir abuser le public. La considération du modèle du comportement, enfin, confirme que ces infractions sanctionnent en priorité des imitations matérialisées et plus rarement des imitations personnelles, si l'imitateur usurpe une fonction réservée et relative aux signes publics. La sévérité des peines démontre également une volonté de protéger la confiance publique et la souveraineté étatique¹⁵²¹.

785. Parce que les marques de fabrique, de commerce ou de service garantissent également la confiance du public, il est question à présent d'apprécier comment le droit conçoit la sanction de l'imitation de tels signes distinctifs.

II. La fabrication illicite d'une marque de fabrique, de commerce ou de service

786. ***Droit des marques, droit des dessins et modèles et droit d'auteur.*** L'incrimination d'un comportement d'imitation de la marque relève du droit des marques, branche du droit de la propriété intellectuelle.

Selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle, peuvent constituer une marque des signes figuratifs tels que « **dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs** ». Si la marque comporte un dessin ou un modèle, celui-ci peut donc être protégé au titre du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles s'il en remplit les conditions. Dans ce sens, l'usage du dessin ou du modèle d'une marque constitue à la fois une infraction au droit des marques et une infraction soit au droit d'auteur, soit au droit des dessins et modèles. Cette particularité a des conséquences pour notre étude du comportement d'imitation de la marque. En effet, celui qui reproduit une marque constituée par un dessin ou

¹⁵²¹ Les peines applicables à la contrefaçon de monnaie sont sévères du fait de l'atteinte grave causée à la confiance publique et à la souveraineté de l'État. Ainsi, selon l'article 442-1 du Code pénal, le contrefacteur est puni de 30 ans de réclusion criminelle et d'une amende de 450 000 euros. On remarquera également que la peine est identique qu'il s'agisse d'une imitation matérielle de la monnaie ou d'une imitation personnelle, par usurpation de la fonction de fabrication. Car la fabrication illicite d'une monnaie à l'aide de vrais moyens cause une atteinte à la souveraineté de l'État comme la fausse monnaie.

un modèle, commet l'imitation d'une chose mais peut entrer également dans une imitation personnelle du créateur de cette œuvre de l'esprit¹⁵²².

787. ***Les différents actes de contrefaçons de marques de fabrique.*** Plus spécifiquement, pour sanctionner toute atteinte aux droits sur la marque, le législateur retient de réprimer à l'article L. 716-10 alinéa 1 c) du Code de la propriété intellectuelle l'utilisation de la marque, sa suppression ou encore sa modification ainsi que sa reproduction ou sa copie. Ce texte correspond à une infraction générique parce ce qu'il s'applique à l'ensemble des atteintes prévues par l'article L. 716-1 du même Code et qui concernent la responsabilité civile.

Tous ces comportements sont entendus comme des actes de contrefaçon. Le terme « contrefaçon » n'est pas ici utilisé identiquement qu'en matière de signes publics, pour lesquels cette notion recouvre uniquement la reproduction du signe. La contrefaçon d'une marque de fabrique, de commerce ou de service renvoie à une multitude de comportements. Comme pour toute chose relevant du droit de la propriété intellectuelle, il est d'usage de l'évoquer pour tous les comportements portant atteinte aux droits détenus par son titulaire. Ainsi peut-on parler pour les marques de contrefaçon par suppression ou modification, contrefaçon par altération, contrefaçon par reproduction ou encore contrefaçon par imitation – que nous nommerons « contrefaçon par ressemblance ».

Toutes ces infractions ne recouvrent pas un comportement d'imitation. Certaines d'entre elles sont sanctionnées parce qu'elles procèdent d'un mensonge sur la marque, peu importe si elles comportent éventuellement une part d'imitation (Paragraphe 1). Nous analyserons donc plus particulièrement les infractions pour lesquelles c'est un comportement d'imitation d'une chose qui est visé par le législateur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La sanction du mensonge sur la marque : une altération de la réalité

788. ***La contrefaçon sans modèle.*** L'article L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle sanctionne la suppression ou la modification d'une marque, ou encore la détention sans motif légitime, l'importation ou l'exportation des marchandises présentées sous une marque contrefaisante.

Ces comportements ne s'appliquent pas à une imitation, dans la mesure où ils ne sauraient pas toujours y avoir de modèle. Commet ainsi une contrefaçon par modification, sans

¹⁵²²V. *supra* n°461 et s., dans la mesure où l'objet de l'imitation est entendu comme une création.

qu'aucun modèle ne soit identifiable, celui qui altère une marque par grattage¹⁵²³ ou encore celui qui déforme des conditionnements authentiques¹⁵²⁴. Dans le même ordre d'idée, se rend coupable de contrefaçon par suppression de la marque la société qui masque par un trait noir le code apposé par le producteur sur l'étiquette de bouteilles de champagne revêtant la marque d'une société différente¹⁵²⁵. Dans ces cas-là, l'agent ne cherche aucunement à reproduire une marque prise pour modèle, mais simplement à rendre le produit ou le service mensonger puisqu'ils ne reflètent pas la véritable marque. Le consommateur est nécessairement trompé, ou du moins risque fortement de l'être.

789. ***Des comportements portant atteintes à au titulaire de la marque.*** Par ailleurs, certains comportements incriminés ne tendent pas tant à être mensongers pour le public mais portent nécessairement atteintes au monopole du titulaire de la marque, la réputation de la marque pouvant en pâtir. Dans ce sens, commet un délit d'importation celui qui transporte dans ses bagages un certain nombre de vêtements portant illicitement des logos de marques connues¹⁵²⁶. L'agent ici ne cherche pas à imiter une marque, ni même à agir comme le titulaire de la marque, mais il contribue à la diffusion de produits faussement attribués à une marque. Il participe donc ici au mensonge sur la marque.

790. ***La contrefaçon avec modèle.*** En revanche, l'agent peut avoir pris pour modèle une marque, même sans l'avoir reproduite ou copiée. Se rend ainsi coupable de contrefaçon celui qui présente un produit comme équivalant au produit désigné par la marque¹⁵²⁷. La simple référence orale à la marque suffit également à caractériser l'usage illicite si le commerçant n'a pas apposé la marque sur ses propres produits¹⁵²⁸. Ici, le contrefacteur tente bien de faire passer ses produits pour ceux de la marque imitée.

L'imitation ne caractérise pas ces contrefaçons dans la mesure où la copie d'un modèle ou l'existence d'un tel modèle ne sont pas des conditions du texte. Ce qui est sanctionné, c'est avant tout une altération de la réalité comme nous l'avions observé pour les infractions de falsification d'une chose publique.

¹⁵²³ Cass. com., 2 février 2016, Wall 4 Me, n° 14-21338, PIBD 2016, III, 243, Propr. ind. 2016, n° 29, note P. TRÉFIGNY.

¹⁵²⁴ TGI Paris, 11 juin 1992, PIBD 1992, III, 530.

¹⁵²⁵ Cass. com., 19 janvier 2010, B. civ. n° 14, D. 2010 AJ 323, Propr. intell. 2011, n° 31, p. 135, obs. PASSA.

¹⁵²⁶ Cass. crim., 19 mars 2014, PIBD 2014, III, 368.

¹⁵²⁷ CA Bordeaux, 13 septembre 2010, ICVD 47, PIBD 2010, III, 693.

¹⁵²⁸ CA Paris, 23 janvier 1985, Ann. propr. ind. 1986, 47.

En outre, le mensonge sur la marque ne peut être invoqué si le titulaire de la marque a donné son consentement. En effet, tous les textes d'incrimination en matière de marques, comme pour toutes les branches de la propriété intellectuelle, prévoient pour la caractérisation des infractions de contrefaçon une condition liée à l'absence d'autorisation de la part du titulaire de la marque pour l'exploitation de celle-ci. Les mêmes remarques qu'en matière de droit d'auteur et de brevet peuvent alors être ici rapportées¹⁵²⁹.

791. Quoi qu'il en soit, l'existence d'un modèle à la contrefaçon paraît être le critère le plus judicieux pour repérer les infractions qui relèvent systématiquement d'un comportement d'imitation réprimé par le législateur.

Paragraphe 2. L'imitation de la marque : la création d'une illusion de réalité aux yeux du public

792. Expressément, le législateur établit deux incriminations distinctes sanctionnant la reproduction ou la copie de la marque. Il est alors possible de rapprocher ces actes de l'imitation comportementale d'une chose dont le résultat matériel et le risque de confusion doivent être appréciés (A). Nous dégagerons également l'intention de l'acte (B).

A. L'imitation de la marque : un comportement analysé selon le résultat et le risque de méprise dans l'esprit du public

793. *La différence entre reproduction de marque et usage.* Au sein des infractions de contrefaçon, il convient d'abord de faire la distinction entre la reproduction ou la copie de la marque, et son usage prévus à l'article L. 713-2 a) du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier comportement est indépendant de la reproduction, et deux protagonistes différents peuvent avoir chacun commis l'un de ces actes. Si la copie de la marque est un moyen à son utilisation par le même individu, il s'agira simplement de résoudre un cas de concours idéal d'infractions. Ainsi en est-il de celui qui reproduit une marque sur un dépliant ou une annonce publicitaire¹⁵³⁰, ou encore qui use de manière injustifiée de la marque « Concours Lépine » par

¹⁵²⁹V. *supra* n° 549.

¹⁵³⁰CA Paris, 29 mars 1989, D. 1993. Somm. 113, obs. BURST.

la reproduction des éléments distinctifs de cette marque, associée à la mention « Médaille d'or 2002 », sur l'emballage d'un produit qui n'a pas obtenu cette distinction¹⁵³¹. L'usage n'est pas une condition à l'infraction de reproduction ou de copie d'une marque, qui suffit pour caractériser la contrefaçon.

794. A la différence des autres branches du droit de la propriété intellectuelle, les dispositions prévoient des infractions autonomes pour sanctionner l'imitation parfaite d'une marque (1) et son imitation imparfaite (2). Cette distinction particulière rapproche ainsi ces incriminations des infractions portant atteinte à la confiance publique que nous avons développées précédemment.

1) *L'imitation parfaite d'une marque : l'incrimination de la création d'une apparence de la réalité*

795. *L'imitation parfaite d'une marque.* L'alinéa 1 c) de l'article L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un comportement de reproduction, qui peut être analysé au regard de l'article L. 713-2 du même Code selon lequel est interdit, sauf autorisation du propriétaire, la reproduction d'une marque, pour des produits identiques, même avec l'adjonction de mots tels que formule, façon, système, imitation, genre, ou méthode. Les juges recherchent si le signe prétendument contrefaisant est utilisé dans une fonction d'identification de l'origine des produits¹⁵³².

796. L'imitation parfaite d'une marque suppose de fait une reproduction (a) qui permet une appréciation relativement simple de l'infraction (b).

a) *L'acte d'imitation parfaite d'une marque : la création d'une double identité*

797. *La contrefaçon d'une marque par reproduction.* Le Code de la propriété intellectuelle sanctionne précisément la reproduction de la marque pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement. La contrefaçon d'une marque par reproduction, produit

¹⁵³¹ CA Paris, 10 octobre 2008, PIBD 2008, III, 695, Propr. intell. 2009, n° 31, p. 190, obs. SABATIER.

¹⁵³² V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Marques de fabrique, de commerce ou de service*, Rép. com., 2006, n° 445 ; V. également CA Versailles, 7 avril 2005, Vivitar c/ Konica, Propr. ind. 2005, comm. 85, note P. TREFIGNY.

donc une double identité, telle qu'elle a été précisée dans la directive du 22 octobre 2008¹⁵³³.

798. *Une imitation-reproduction.* Sont identiques, d'une part la marque et sa copie, et d'autre part, les produits ou services présentés et ceux désignés dans le certificat d'enregistrement¹⁵³⁴, indépendamment de l'exploitation qui en est faite¹⁵³⁵. Le contrefacteur est sanctionné pour avoir répliqué la marque pour les mêmes produits ou services, c'est-à-dire qu'il a accompli une **imitation-reproduction**, non pas d'une personne ou du titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais de **la marque elle-même**. On peut donc parler, comme pour les signes publics, d'**imitation parfaite d'une chose** qui crée une **apparence de la réalité**. Il s'agit de protéger le lien entre la marque et les produits ou services auxquels elle est attachée. Et cette imitation de marque peut être **servile ou quasi-servile**.

799. *La reproduction servile.* D'une part, l'imitation peut être totale¹⁵³⁶. La reproduction consiste alors à confectionner la marque entièrement et identiquement. Peu importent les modes de reproductions, dans la mesure où la marque est imitée à l'identique, il y a contrefaçon. On note ici qu'est recherché, non pas la similitude des actes pour fabriquer la marque imitante mais bien le résultat du comportement d'imitation.

800. *La reproduction quasi-servile.* Suite à une saisine par le tribunal de Paris d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 5-1 a) de la directive du 21 décembre 1998, dont est directement issu l'article L. 712-2 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour de Justice, dans un arrêt du 20 mars 2003¹⁵³⁷, a considéré que le texte devait « être interprété en ce sens qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification, ni ajout, tous les éléments constituant la marque, ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen ». Ainsi, la reproduction quasi-servile est assimilée à la reproduction servile, par la jurisprudence comme

¹⁵³³Directive 28/95/CE du Parlement européenne et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (cons. 11).

¹⁵³⁴V. par ex. Cass. com., 15 mai 2007, PIBD 2007 856, III, p. 479, s'agissant de services de bar, brasserie et restauration rapide.

¹⁵³⁵CA Paris, 8 novembre 2006, aff. Vatel, PIBD 2007 844, III, p. 60.

¹⁵³⁶V. par ex. CA Paris, 23 mars 1977, RIPIA 1978, p. 6 : V. également le considérant 11 Directive 28/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques : « la protection conférée par la marque enregistrée, dont le but est notamment de garantir la fonction d'origine de la marque, devrait être absolue en cas d'identité entre la marque et le signe et entre les produits ou services ».

¹⁵³⁷V. antérieurement CJCE, 20 mars 2002, LTJ Diffusion, aff. C-291/00, Rec. 2003 I, 02799.

par la doctrine française¹⁵³⁸. La jurisprudence se montre assez stricte quant à l'appréciation du caractère insignifiant et peu perceptible, pour le consommateur moyen, des différences constatées¹⁵³⁹ et va jusqu'à choisir de qualifier une infraction de ressemblance plutôt que de contrefaçon¹⁵⁴⁰ ou inversement¹⁵⁴¹. M. Le Professeur POLLAUD-DULIAN souligne dans ce sens que « la qualification de reproduction quasi-identique ne peut s'appliquer que de façon exceptionnelle, c'est-à-dire lorsque la différence est insensible »¹⁵⁴². Ne sera pas considérée comme identique, la reproduction d'un seul élément de la marque complexe¹⁵⁴³.

801. **Une apparence de la réalité.** En cas de litige, les juges devront donc rechercher si le comportement d'imitation a reproduit **l'apparence de la réalité**, même en cas de quasi-servilité, autrement dit si la reproduction donne une impression d'identité avec la marque originale. Dans le cas contraire, l'imitateur ne restera pas pour autant sans sanction puisque son comportement le placera sur le terrain de l'article L. 713-3 du Code de propriété intellectuelle.

802. **Une reproduction dans la même spécialité.** Peu importent le support et la finalité de la reproduction. En effet, M. le professeur Hervé BONNARD et Mme Gaëlle BLORET-PUCCI considèrent, et nous les rejoignons, que, « c'est l'acte même de reproduction qui extériorise l'atteinte portée à la réservation exclusive dont bénéficie la marque et l'infraction est alors accomplie sans qu'importe le support choisi »¹⁵⁴⁴. Il peut donc s'agir d'un nouveau dépôt de marque, ou d'une demande d'enregistrement de marque¹⁵⁴⁵. La Cour de justice a considéré dans

¹⁵³⁸Cass. com., 16 novembre 1981, B. civ. n° 395, p.313 ; Cass. com., 26 novembre 2003, n°00-20923, n°00-18046, n°01- 11593.

¹⁵³⁹V. sur ce point A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 1548, p.873.

¹⁵⁴⁰V. par ex. CA Paris, 27 mars 2002, D. 2003, 1428, note DREYFUS, BENOLIEL-CLAUX ; CA Paris, 1^{er} juin 2005, n° 04/09317, JurisData n° 2005-280878. Entre les marques Nutri Riche et Nutri Rich, la cour de Paris a jugé que « le signe critiqué n'étant pas identique à la marque, faute de reproduire sans modification ni ajout tous les éléments la constituant, il convient de rechercher s'il existe entre les deux dénominations un risque de confusion » ; On note peu de décisions appliquant l'arrêt LTJ Diffusion.

¹⁵⁴¹V. par ex. CA Lyon, 28 janvier 1975, ann. propr. ind. 1975, 273, s'agissant de la marque carrefour et carrefour de bâtiment.

¹⁵⁴²V. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1649, p. 959, citant l'arrêt Cass. com., 2 février 2010, PIBD 2010 914, III, 166 ; V. également CA Paris, 10 avril 2009, PIBD 2009 900, III, 1234.

¹⁵⁴³V. sur ce point G. REQUENNA, *L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque*, D. 2001, p. 3602 : « La reproduction d'un élément isolé d'une marque complexe n'en constitue pas la reproduction à l'identique ».

¹⁵⁴⁴H. BONNARD, G. BLORET-PUCCI, *Contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de service*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 20, 2010, n° 25.

¹⁵⁴⁵Ibid. MM. H. BONNARD et G. BLORET-PUCCI notent toutefois que « de telles reproductions de la marque, ne passant pas par la confection matérielle d'une copie, mais consistant dans le jeu d'un mécanisme juridique, présentent un caractère abstrait qui peut conduire la jurisprudence à y voir plutôt un usage de marque » ; V.

un arrêt du 18 juin 2009 que la reproduction d'une marque à des fins d'information ou de concurrence est possible légalement à la condition qu'elle ne porte pas atteinte à une des fonctions de la marque, telles que la garantie de la qualité du produit ou son origine, eu égard à l'article 5, paragraphe 1 a) de la directive 89/104¹⁵⁴⁶. La jurisprudence française condamne une telle pratique en application des articles L. 716-9 et L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle¹⁵⁴⁷. Ce qui importe, c'est que la marque ait été reproduite dans la même spécialité, créant ainsi l'apparence qu'il s'agit de la marque originale, soit une apparence de la réalité.

C'est dans ce sens qu'on a pu considérer qu'il n'y avait pas de contrefaçon punissable d'une marque automobile commise par un fabricant de jouets miniatures dans la mesure où jouet et automobile ne relèvent pas de la même spécialité¹⁵⁴⁸. Cette solution paraît de bon sens puisqu'une telle reproduction n'est pas susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque automobile. L'imitation parfaite d'une marque est donc entendue par le législateur comme la reproduction servile ou quasi-servile de la marque, matérialisée par un signe associé à une spécialité. C'est là établir que la fonction d'origine de la marque réside dans le lien que son enregistrement établit entre le signe qui la désigne et un produit ou service.

803. *Une imitation matérielle double.* Le contrefacteur par son imitation parfaite, sans adjonction, reproduit certes la marque, mais en l'associant à un produit. Ce que le législateur désigne par « reproduction d'une marque pour des produit identiques » correspond donc bien à une imitation-reproduction d'une marque, qui nécessairement porte à la fois sur le signe qui la désigne et sur le produit ou service dont elle certifie l'origine. On pourrait considérer théoriquement qu'il s'agit d'une imitation-reproduction « double » qui seule permet la réalisation de l'imitation d'une marque. De plus, cette imitation doit être appréciée selon le risque de méprise causé dans l'esprit du public.

également, J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 259.

¹⁵⁴⁶CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, Propr. ind. 2009, comm. 51, A. FOLLIARD-MONGUIRAL, Comm. com. électr. 2009, comm. 111, C. CARON.

¹⁵⁴⁷V. Par ex. Cass. crim., 4 novembre 2003, n° 03-80560, non publié au bulletin ; Cass. crim., 30 juin 2009, B. crim. n° 137, Comm. com. électr. 2009, comm. 111, CARON.

¹⁵⁴⁸V. par ex. Cass. crim., 24 septembre 2014, n° 13-83490, non publié au bulletin ; V. sur ce point A. CHAVANNE, J-J BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Dalloz, 5^{ème} éd., n° 1203.

b) L'appréciation de l'imitation parfaite d'une marque : la recherche d'une apparence de la réalité apte à causer une méprise

804. La constatation de la contrefaçon par imitation-reproduction d'une marque est relativement aisée dans la mesure où il s'agit de rechercher la double identité des signes (marque-modèle et signe imitant) et des produits et services associés. Il reviendra alors aux juges de comparer respectivement les signes et les produits pour constater l'infraction¹⁵⁴⁹ (α). S'il est enseigné qu'importe peu l'effet de la reproduction dans l'esprit du public, étant donnée la perfection du résultat de cette imitation-reproduction, il semble que son aptitude à causer une méprise est présumée de manière irréfutable (β).

α) L'appréciation de l'imitation-reproduction d'une marque

805. **Une appréciation synthétique d'une imitation-reproduction.** La méthode d'appréciation de la contrefaçon par la jurisprudence française ne permettait pas toujours de faire la distinction entre reproduction parfaite et reproduction imparfaite¹⁵⁵⁰. Suite à certaines critiques, la Cour de justice des communautés a imposé, dans un arrêt du 20 mars 2003¹⁵⁵¹, une interprétation étroite du critère d'identité entre la marque et le signe contrefaisant. La Cour de cassation a suivi cette nouvelle méthode d'appréciation, notamment dans cinq arrêts du 26 novembre 2003¹⁵⁵². Il n'y est plus question de s'interroger sur les éléments caractéristiques, attractifs ou secondaires de la marque, ni de déterminer si elle constitue ou non un tout indivisible. Il faut « procéder à une approche synthétique, consistant à confronter la marque telle qu'elle a été déposée, prise comme un tout, au signe et à vérifier s'ils sont identiques »¹⁵⁵³.

Si, malgré des ressemblances, l'imitateur n'a pas reproduit la marque dans sa totalité ou quasi-totalité, il n'y a pas contrefaçon au sens de l'article L. 713-2, mais au sens de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle (qui sanctionne la copie imparfaite). A l'inverse, la contrefaçon par imitation parfaite est caractérisée si l'imitateur a reproduit les éléments constitutifs de la marque sans rien y ajouter.

¹⁵⁴⁹Cass. com., 18 mai 1993, B. civ. n° 196, p. 140 ; Cass. com., 16 novembre 1981, B. civ. n° 395.

¹⁵⁵⁰V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., pp. 953-957.

¹⁵⁵¹CJCE, 20 mars 2003, LTJ Diffusion, aff. C-291/00, préc.

¹⁵⁵²Cass. com., 26 novembre 2003, B. civ. n° 180, p. 199.

¹⁵⁵³F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, op. cit., n°1648, p. 958.

β) La présomption irréfragable de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public

806. **La définition du risque de méprise en matière de marque.** Selon le dixième considérant de la directive du 21 décembre 1988¹⁵⁵⁴, le risque de confusion est « la condition spécifique de la protection » de la marque. Dans un arrêt dit « Canon » en date du 28 septembre 1998¹⁵⁵⁵, la Cour de justice a défini le risque de confusion comme « le fait que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant d'entreprises liées économiquement ».

807. **L'inutilité de rapporter la preuve du risque de méprise.** D'aucuns considèrent que ce risque causé dans l'esprit du public n'est pas une condition à la caractérisation de la contrefaçon (imitation parfaite). C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé à plusieurs reprises la Cour de cassation. Ainsi, les juges n'auraient pas à rechercher l'existence d'un tel pouvoir trompeur de l'imitation, quelle que soit la faiblesse d'originalité d'une marque¹⁵⁵⁶. Dans le même ordre d'idée, la Cour de justice dans un arrêt du 20 mars 2003¹⁵⁵⁷ a considéré qu'en cas de double identité, la preuve de ce risque de méprise n'a pas à être apportée.

808. **Une présomption irréfragable en cas de double identité.** Surtout, lorsque la marque est reproduite parfaitement et qu'il existe une double identité, il semble incontestable que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la marque originale. La contrefaçon par imitation-reproduction entraîne donc nécessairement un risque de méprise dans l'esprit du public. Et dans la même mesure, l'accord relatif aux aspects du droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord instituant l'OMC le 15 avril 1994 prévoit à son article 16, 1° que le titulaire de la marque peut interdire la contrefaçon dans le cas où l'utilisation de la marque imitante entraîne « un risque de confusion », qui est d'ailleurs présumé « en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques ». En reproduisant parfaitement la marque pour des produits identiques, l'imitateur crée une **apparence de la réalité**, la marque, sans adjonction, et un **risque de confusion entre cette apparence** (un « faux » signe associé à un « faux » produit, mais qui ont l'air vrai) **et la réalité**

¹⁵⁵⁴Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO n° L 040 du 11 février 1989, p. 0001-0007).

¹⁵⁵⁵CJCE, 28 septembre 1998, aff. C-39/97 : PIBD 1999, III, p. 28 ; RTDE 2000, p. 100, obs. G. Bonet

¹⁵⁵⁶Cass. com., 16 novembre 1981, B. civ. n° 395, p. 313, RIPIA 1981 p. 487, obs A. T. ; Cass. com., 7 juin 1988, « ATT », n° 86-19515, annales 1989, p. 27.

¹⁵⁵⁷CJCE, 20 mars 2003, LTJ Diffusion, aff. C-291/00, préc., (point 49).

(la marque, soit son signe distinctif associé au produit pour lequel a été enregistrée)¹⁵⁵⁸. Comme pour toute imitation- reproduction, les juges du fond n'ont donc pas à rechercher ce risque de méprise dans l'esprit du public pour caractériser l'infraction, car il doit être présumé de manière irréfragable et le défendeur ne peut en aucun cas tenter d'en rapporter la preuve contraire¹⁵⁵⁹.

809. **La sanction de toute apparence illusoire de la réalité.** L'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle sanctionne également celui qui reproduit « une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode" »¹⁵⁶⁰. Le contrefacteur reproduit ici la marque d'autrui mais en apposant une expression sensée révéler et dédouaner son imitation. Cette intransigeance du législateur semble démontrer la volonté de réprimer la reproduction dès qu'elle présente le moindre risque de créer une confusion, même si elle semble simplement empiéter sur le monopole du titulaire de la marque. Car « le contrefacteur d'une part fait l'aveu de ce qu'il connaît l'existence du droit privatif¹⁵⁶¹, d'autre part accentue le rattachement de ses propres produits ou services à ceux de son concurrent »¹⁵⁶².

Nous pourrions objecter que, dans cette situation, puisque le contrefacteur « annonce »

¹⁵⁵⁸ V. sur ce point P. VIVANT, Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque ?, Gaz. Pal. 2008, n°311, p. 18.

¹⁵⁵⁹ Malheureusement, on remarque une certaine incohérence dans la jurisprudence. Parfois, les juges vont caractériser le risque de méprise, alors même que la double identité est reproduite parfaitement. Dans un arrêt du 30 juin 2009, la chambre criminelle a ainsi approuvé les juges du fond d'avoir « caractérisé conformément à l'article L. 713-2 a) du Code de la propriété intellectuelle l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public portant atteinte aux fonctions de ces marques », par la reproduction, sans l'autorisation de son titulaire, sur des tableaux de concordance d'une marque enregistrée pour désigner des bijoux et l'usage de ces tableaux pour vendre ou faire vendre des produits identiques à ceux couverts par l'enregistrement de ladite marque (Cass. crim., 30 juin 2009, AJ pénal 2009. 450 ; V. par ex. également Cass. com., 2 février 1988, B. civ. n° 59). Mais dans un récent arrêt en date du 16 juin 2015, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que « le délit de contrefaçon de marque par reproduction, réprimé à l'article L. 716-10, c), du Code de la propriété intellectuelle, dont les prévenus ont été déclarés coupables, ne suppose pas, pour être constitué, que soit établi un risque de confusion dans l'esprit du public » (Cass. crim., 16 juin 2015, n° 14-82595, JurisData n° 2015-014660). En l'espèce, les prévenus ont élaboré et diffusé un tableau de correspondances entre des parfums de marques diverses déjà existants et les produits de leur société. Ils ont d'abord tenté de dire que ces tableaux présentant les reproductions étaient destinés à des professionnels (« sortes d'aide-mémoire, à usage internet, ayant pour but de rattacher leurs produits à une famille olfactive ») et non à la clientèle. Par ailleurs, ils ont tenté de démontrer l'absence de confusion dans l'esprit du public. Mais un risque minime existait. Les juges du fond ont rejeté les arguments en constatant plusieurs indices, tels qu'un message qui attestait que les tableaux étaient transmis aux clients, et la présence sur ceux-ci des prix pratiqués par la société litigieuse. Les juges ont également constaté que les produits contrefaisants s'approchaient effectivement des marques reproduites ; et « que lors d'échanges commerciaux avec [un] client, il n'est pas même fait mention du nom du produit [de la société litigieuse], mais seulement du produit de marque original ». Dans ce sens, pour les juges du fond, « loin d'être un moyen mnémotechnique, l'utilisation de tableau de correspondances est donc bien un argument commercial ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les prévenus se sont bien rendus coupables du délit de contrefaçon de marque ».

¹⁵⁶⁰ La liste n'est pas exhaustive ce qui suppose que l'imitateur peut avoir ajouté d'autres termes ayant la même fonction ; V. par ex. Cass. crim., 8 juillet 1970, PIBD 1971, 55, III, 69.

¹⁵⁶¹ CA Nancy, 14 février 1911, annales, 1911, p. 232.

¹⁵⁶² F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1650, p. 960.

en quelque sorte qu'il imite la marque, son acte ne crée pas d'apparence de la réalité aux yeux d'un éventuel acheteur ou utilisateur qui sait à quoi s'en tenir sur l'origine du produit ou du service. Il n'y aurait donc pas de risque de méprise. Toutefois, d'une part, une telle pratique ne peut garantir que le consommateur ne se méprendra pas, par exemple, sur la qualité qu'il associe subjectivement à la marque considérée et qu'il attendra peut-être du produit imité. Et d'autre part, le risque de méprise auprès d'un public qui ne serait ni acheteur ni utilisateur mais simplement observateur (et virtuellement futur consommateur) est probable et effectivement préjudiciable à la marque contrefaite.

810. **Exemple jurisprudentiel de la Cour de cassation.** Par exemple, dans un arrêt du 8 juillet 1970, la chambre criminelle a considéré que le préfixe « ex » et la locution « en remplacement de » utilisés par le demandeur concomitamment avec les marques déposées, laissaient entendre que les produits vendus par lui se substituaient régulièrement à ceux objets de ladite marque, et qu'ainsi le délit était caractérisé. Ici, l'imitateur créait bien l'illusion, pour le consommateur, que ses produits provenaient de la marque déposée ou plus exactement d'une nouvelle version substitutive de la marque. Cette apparence de la réalité (être un produit issu de la marque d'origine) entraînait nécessairement un risque de méprise pour le public.

811. **Exemple jurisprudentiel de la Cour de justice.** De même, si l'on se réfère à la définition de la Cour de justice sur le risque de confusion, cette dernière peut consister pour le public à croire que les produits ou services proviennent d'entreprises liées économiquement. Plus précisément, selon l'article 5 b) de la directive 89/104/CEE¹⁵⁶³ peut être interdit par le titulaire d'une marque l'usage « d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque ». Dans ce sens, dans un arrêt « Arsenal c. REED » du 12 novembre 2002, le prévenu, M. REED, avait vendu et proposé à la vente des vêtements portant des signes évoquant la marque « Arsenal FC » tout en précisant que « le mot ou le(s) logo(s) reproduits sur les objets vendus ne sont que des ornements et n'impliquent pas ni n'indiquent une relation quelconque avec les fabricants ou distributeurs de tout autre objet. Seuls les produits revêtus d'étiquettes attestant qu'il s'agit de produits officiels d'Arsenal sont

¹⁵⁶³ Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO n° L 040 du 11 février 1989, p. 0001-0007).

des produits officiels d'Arsenal ».

Pour la Cour de Justice, « le titulaire de la marque peut s'opposer à cet usage lorsqu'il est de nature à accréditer l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits concernés et le titulaire de la marque et est ainsi susceptible de mettre en péril la garantie de provenance qui constitue la fonction essentielle de la marque. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par la circonstance que ledit signe est perçu, dans le cadre de cet usage, comme un témoignage de soutien, de loyauté ou d'attachement au titulaire de la marque »¹⁵⁶⁴.

Or ici, d'une part, l'usage du signe se situe en effet dans le cadre de vente à des consommateurs et n'est manifestement pas destiné à des fins purement descriptives. D'autre part, « eu égard à la présentation du mot Arsenal sur les produits en cause [...], l'usage de ce signe est de nature à accréditer l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits concernés et le titulaire de la marque »¹⁵⁶⁵. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise est donc avérée et porte sur l'origine des produits ou services mais également sur le lien économique entre les entreprises.

Des auteurs indiquent justement que « lorsque la similitude concernera les signes eux-mêmes, un risque de confusion résultera évidemment de ce qu'un signe pourra être pris pour l'autre, mais aussi, éventuellement, de ce que ce sont les exploitants eux-mêmes qui seront susceptibles de passer l'un pour l'autre, ou du moins de paraître unis par certains liens économiques, au point même que le signe second n'apparaisse alors que comme une simple déclinaison de la marque première »¹⁵⁶⁶. Tout se passe ici comme si l'imitation parfaite du signe de la marque était le moyen d'une imitation personnelle, un fabricant essayant de se faire passer pour le titulaire de la marque, ou pour quelqu'un ayant l'autorisation de l'utiliser.

812. ***Pour conclure sur l'imitation-reproduction de la marque.*** Nous retiendrons donc globalement que l'imitation-reproduction d'une marque, du moment que la marque est reproduite parfaitement, et peu importe l'adjonction ou non de formules signalant l'imitation, est sanctionnée pour le risque de confusion, présumé de manière irréfragable, qu'elle induit auprès du public en créant une apparence de la réalité.

¹⁵⁶⁴CJUE, 12 novembre 2002, aff. C-206/01, Rec. 2002 I, 10273, points 17 Point 54 : « le titulaire ne pourrait pas interdire l'usage d'un signe identique à la marque pour des produits identiques à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée si cet usage ne peut porter préjudice à ses intérêts propres en tant que titulaire de la marque eu égard aux fonctions de celle-ci. Ainsi, certains usages à des fins purement descriptives sont exclus du champ d'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive puisqu'ils ne portent atteinte à aucun des intérêts que cette disposition vise à protéger et ne relèvent donc pas de la notion d'usage au sens de ladite disposition ».

¹⁵⁶⁵CJUE, 12 novembre 2002, aff. C-206/01, préc., point 56.

¹⁵⁶⁶H. BONNARD, G. BLORET-PUCCI, op. cit., n° 20.

En revanche, une imitation imparfaite créera davantage une apparence de réalité, c'est à dire donnera au résultat de l'imitation une certaine crédibilité pouvant entraîner, ou non, un risque de méprise que le juge devra alors évaluer.

2) *L'imitation imparfaite d'une marque : l'incrimination de la création d'une apparence de réalité*

813. Par extension du principe de spécialité, le législateur prévoit de protéger la marque contre toutes les atteintes qui peuvent résulter d'une imitation imparfaite. Là encore, dans la mesure où les textes n'emploient le terme imitation que dans son sens étroit de « ressemblance », il convient d'analyser tous les actes de reproduction et de copie imparfaite de la marque sous l'angle du concept général d'imitation (a) avant d'étudier la manière d'effectuer pragmatiquement leur appréciation (b).

a) Les actes de reproduction et de copie imparfaite d'une marque : des imitations-simulacres

814. **Présentation des infractions de ressemblance de la marque.** L'article L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle reprend la liste des comportements en substance posée par l'article L. 713-3 du même Code selon lequel « sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public : a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement; b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ». En effet, selon l'article L. 716-10 c), est puni le fait pour toute personne « de reproduire, d'imiter, [...] une marque collective ou une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci »¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁷ L'infraction prévue par l'article L. 716-10 c) du Code du droit de la propriété intellectuelle prévoit également comme actes matériels ceux d'usage, d'apposition, de suppression et de modification que nous étudierons ultérieurement. Ces actes matériels ne correspondent pas nécessairement à une imitation. V. toutefois pour une nuance quant à l'imitation de personnage en matière d'apposition de marque *infra* n° 833.

815. Deux comportements sont ainsi expressément sanctionnés par ce texte : d'une part, la reproduction parfaite et l'usage d'une marque reproduite (plus concrètement de son signe distinctif), pour des produits ou services similaires (et non identiques) à ceux désignés dans l'enregistrement (α), et d'autre part, la copie ressemblante d'une marque pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement (β).

α) La contrefaçon par reproduction identique du signe distinctif de la marque pour des produits ou services similaires : une imitation-simulacre par reproduction

816. ***Le signe distinctif reproduit pour des produits ou services similaires.*** L'article L. 713- 3 a) du Code de la propriété intellectuelle interdit la **reproduction d'une marque** pour des **produits ou services similaires** à ceux désignés dans l'enregistrement. Des auteurs relèvent, et nous adhérons à leurs propos, que lorsque le signe distinctif de la marque est reproduit pour des produits ou services simplement similaires, la question concerne « plutôt l'application du principe de spécialité. Certes, pour apprécier la similitude des produits et services, la jurisprudence la plus récente s'attache au risque de confusion, mais il s'agit moins d'une confusion entre les signes que d'une confusion sur l'origine des produits et services qui seront considérés comme similaires si le public peut penser qu'ils proviennent de la même entreprise. La reproduction de la marque n'est interdite que pour désigner des produits ou services que le public peut attribuer à la même origine »¹⁵⁶⁸. Ce que préserve cette disposition, c'est la fonction distinctive de la marque, en garantissant l'origine attachée à celle-ci¹⁵⁶⁹. Cette imitation imparfaite doit donc nécessairement être effectuée dans les limites de la spécialité de la marque protégée, pour des produits ou services différents mais qui rappellent ceux désignés dans l'enregistrement.

817. ***Une imitation-simulacre par reproduction.*** En associant ses propres produits ou services au signe distinctif d'une marque, le contrefacteur crée une apparence crédible - on pourrait dire « qui inspire confiance ». Il simule non pas la mais **une réalité**, où ses produits seraient d'origine de la marque-modèle, en s'appuyant sur l'imitation matérielle parfaite du

¹⁵⁶⁸A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX (éd. sc.), op. cit., n°1551, p. 875.

¹⁵⁶⁹F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 1683, p. 987 : « Ce qui justifie que la spécialité soit entendue de manière compréhensive ».

signe distinctif de la marque, c'est-à-dire un **élément de la réalité**. Nous parlerons donc d'**imitation-simulacre par reproduction** de marque.

818. *L'aptitude de l'imitation à causer une méprise.* Cette infraction risque alors de causer une méprise dans l'esprit du public qui pense être face à une marque aussi digne de confiance que la marque originale. Constitue en ce sens une contrefaçon la reproduction servile de la marque « Minitel » pour des services et dispositifs dans le domaine de la communication d'une part, et des journaux et périodiques d'autre part¹⁵⁷⁰. Ou encore la reproduction quasi-servile du signe distinctif pour des produits ou services similaires, telle que la marque contrefaisante « Facom » pour des produits de serrurerie, clous, vis, outils, etc., qui imite la marque « Facome » pour des services de dépannage et d'entretien en plomberie et serrurerie¹⁵⁷¹.

L'adjonction d'un élément à la marque pour des produits et services similaires constitue également une contrefaçon si la reproduction est quasi-servile. Par exemple, les juges du fond ont considéré que la marque « Diortal » pour des produits pharmaceutiques, diététiques, hygiéniques, contrefaisait la marque « Dior »¹⁵⁷² par l'adjonction du suffixe « tal ».

Ces contrefaçons simulent suffisamment la réalité pour donner à l'ensemble une apparence de la réalité, qui à son tour peut causer une méprise dans l'esprit du public, perturbé dans son jugement. Et le même effet peut se produire lorsque le contrefacteur se contente d'une imitation imparfaite de la marque.

β) La contrefaçon par utilisation d'un signe ressemblant pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement : une imitation-simulacre

819. *Un signe ressemblant pour des produits ou services identiques ou similaires. Une imitation-simulacre.* Le législateur sanctionne également la contrefaçon lorsque, selon l'article L. 713-3 b) du Code de la propriété intellectuelle, la **marque est « imitée »**, pour des **produits ou services identiques ou similaires** à ceux désignés dans l'enregistrement. Ce qui indique que le contrefacteur a réalisé une imitation imparfaite du signe distinctif de la marque pour l'associer à des produits ou services identiques ou similaires. Selon MATHELY, l'imitation ici est une contrefaçon qui cherche à se déguiser¹⁵⁷³. L'agent ne reproduit pas la réalité mais ne fait

¹⁵⁷⁰CA Paris, 11 mai 1988, RDPI n° 19, octobre 1988, p. 91.

¹⁵⁷¹TGI Paris, 29 mai 1986, RDPI n° 7, octobre 1986, p. 69.

¹⁵⁷²CA Paris, 19 novembre 1987, RDPI n° 15 février 1988, p. 116.

¹⁵⁷³P. MATHELY, *Le droit français des signes distinctifs*, Paris : Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1984, p. 528.

que la copier en créant une **apparence de réalité**. Il effectue donc bien une **imitation-simulacre**, risquant de causer une méprise dans l'esprit du public.

820. *L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public*. Deux degrés d'éloignement de la réalité sont prévus par le législateur.

Soit, d'une part, le contrefacteur **copie le signe pour des produits ou services identiques** - la similitude avec la marque originale reste intrinsèque car l'imitation comporte en elle-même certains éléments de la réalité (produits ou services) qui facilitent la confusion.

Soit, d'autre part, il **copie le signe pour des produits ou services similaires** - la similitude est alors extrinsèque, dans la mesure où elle repose sur des éléments extérieurs à la réalité mais qui la rappellent suffisamment pour risquer une confusion avec elle.

Les dispositions garantissent ainsi une protection élargie à la fois de la marque et du consommateur contre toute imitation pouvant entraîner une tromperie sur l'origine des produits et services. Par exemple, a été considérée imitée la marque Lu (des gâteaux secs) par le signe Luc pour désigner des biscottes et du pain d'épices¹⁵⁷⁴.

821. *L'appréciation large de l'imitation-simulacre*. Les juges du fond ont une approche assez extensive de l'imitation-simulacre. En effet, ils considèrent comme pouvant caractériser des imitations imparfaites de marque des copies présentant une ressemblance visuelle, phonétique ou même conceptuelle avec la marque prise pour modèle. D'une part, est une marque imitante visuellement celle présentant la même structure ou composition quasi-identique¹⁵⁷⁵ ou présentant une même présentation¹⁵⁷⁶ que la marque originale. D'autre part, est une marque imitante phonétiquement, celle présentant une prononciation identique¹⁵⁷⁷ ou quasi-identique même si la structure est différente¹⁵⁷⁸. Enfin, constitue une marque imitante intellectuellement, celle présentant une analogie telle qu'elle suggère la même image dans l'esprit du consommateur¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁴CA Paris, 3 novembre 1958, Ann. 1959, tome 1, p. 24.

¹⁵⁷⁵V. par ex. CA Paris, 18 septembre 1991 : Ann. propr. ind. 1992, p. 286, s'agissant des marques Joker et Poker 2.

¹⁵⁷⁶V. par ex. CA Paris, 1^{er} février 2012, n° 09/20084, , PIBD 2012, III, p. 240, s'agissant de la présentation d'un bonhomme en forme d'œuf, de couleur claire en partie haute et sombre en partie basse, ressemblant au Kinder surprise.

¹⁵⁷⁷V. notamment CJCE, 11 novembre 1997, Sabel, aff. C-251/95, Rec. 1997, I, p. 6191.

¹⁵⁷⁸V. par ex. Cass. com., 25 avril 2001, n° 98-16.010, JurisData n° 2001-009469, PIBD 2001, n° 731, III, p. 593, s'agissant des marques Célio et Seelio.

¹⁵⁷⁹V. par ex. CA Paris, 28 juin 2000, n° 1998/03364, n° 1998/03821, JurisData n° 2000-123067, PIBD 2000, n° 708, III, p. 549, s'agissant des marques Eau Dynamisante et Eau Stimulante.

822. Par leur apparence de réalité ces imitations revêtent un **déguisement de crédibilité** dont il conviendra de rechercher l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public.

b) *L'appréciation des imitations-simulacres d'une marque : la création d'une apparence de réalité et recherche du risque de méprise dans l'esprit du public*

823. ***L'appréciation des imitations-simulacres.*** L'appréciation de la contrefaçon se fait d'abord par une comparaison synthétique entre la marque imitante et la marque modèle. Selon la Cour de cassation, « quand bien même aucun élément précis de la marque n'aurait été imité »¹⁵⁸⁰, la contrefaçon par ressemblance doit présenter un risque de confusion dans l'esprit du public. Cette condition est d'ailleurs inscrite dans l'article L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle : la copie imparfaite du signe n'est sanctionnée que s'il existe un risque de confusion, règle correspondant à l'article 5 §1 b) de la directive communautaire n°2008/95 du 22 octobre 2008 (qui la recommande également pour l'imitation-reproduction du signe pour des produits ou services similaires)¹⁵⁸¹. De plus, sauf dans certains domaines particuliers¹⁵⁸², la Cour de justice considère que le risque doit être apprécié au regard d'un consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »¹⁵⁸³.

Plus concrètement, c'est par rapport au consommateur moyen de la catégorie de produits concernée, sans qu'il ait simultanément les deux signes distinctifs sous les yeux¹⁵⁸⁴, que les juges du fond nationaux devront apprécier le risque de confusion¹⁵⁸⁵. Ce qui signifie que la confusion est un élément subjectif, élaboré par le consommateur, qui dépend toujours de l'apparence créée par l'imitateur. Et cette dernière détient un pouvoir de tromperie plus ou moins élevé selon l'identité ou le degré de ressemblance de l'imitation avec la marque originale.

¹⁵⁸⁰Cass. com., 18 avril 2000, PIBD 2000. 700. III, 314 ; Cass. com., 26 janvier 1981, B. civ n°45, p. 34.

¹⁵⁸¹V. également le tribunal de première instance des Communautés européennes qui a jugé à propos de la marque communautaire que, « deux marques sont similaires lorsqu'il existe entre elles, du point de vue du public pertinent, une égalité au moins partielle en ce qui concerne un ou plusieurs aspects pertinents » (TPICE, 23 octobre 2002, Matrazen Concord c/OHMI, aff. T-6/01, Rec. II. 4335).

¹⁵⁸²V. par ex. en matière de cosmétique, CA Paris, 18 janvier 2006, n° 04/24385, Dior Prestige 20+1, PIBD 2006, III, p. 226. Les juges devront motiver leur décision pour apprécier la marque en fonction d'un consommateur averti.

¹⁵⁸³CJCE, 22 juin 1999, Lloyd, aff. C-342/97, point 26.

¹⁵⁸⁴Cass. com., 10 février 2015, n° 13-19442, PIBD 2015, III, 1024, p. 232. L'appréciation se fait « au moment où s'opère le choix entre les différents produits sur le marché » et non après l'acte d'achat.

¹⁵⁸⁵Cass. com., 26 novembre 2003, aff. TBS, n° 00-21.537, PIBD 2004 780, III, p. 100 ; CA Paris, 24 septembre 2003, n° 03/02506, PIBD 2004 780, III, p. 106.

Ainsi, les juges du fond devront analyser le risque de méprise dans l'esprit du public au regard **de l'impression d'ensemble produite par l'imitation imparfaite**¹⁵⁸⁶. Deux démarches d'appréciation seront alors possibles selon le type d'imitation-simulacre sanctionnée par l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle.

824. ***L'appréciation possible d'une imitation-simulacre par reproduction.*** Dans ce que nous avons qualifié d'une imitation-simulacre par reproduction au sens de l'article L. 713-3 a), le texte d'incrimination impose la recherche d'un tel risque pour la constitution de l'infraction. Toutefois, il faut bien admettre que l'aptitude du comportement à créer une confusion dans l'esprit du public semble assez flagrante dans la mesure où l'imitation parfaite du signe accompagne des produits très proches de ceux de la marque prise pour modèle.

825. ***L'appréciation possible d'une imitation-simulacre stricto sensu.*** Dans le cas d'une imitation-simulacre *stricto sensu* de marque au sens de l'article L. 713-3 b)¹⁵⁸⁷, la copie du signe est associée à des produits ou services soit identiques soit similaires, et le risque de confusion est moins facile à caractériser. Dans la première hypothèse, l'identité des produits ou services ne risque de causer une méprise que si le signe imitant la marque présente une ressemblance suffisante pour être confondu avec le signe modèle. Et si cette identité peut ne créer aucun risque de méprise¹⁵⁸⁸, ne suffisant donc pas à elle seule pour le caractériser¹⁵⁸⁹, *a fortiori*, celui-ci est difficile à établir dans la seconde hypothèse, où signes et produits sont seulement ressemblants aux originaux.

Or, comme le rappelle la Cour de justice, « en cas de similitude entre la marque et le signe ainsi qu'entre les produits et services, le risque de confusion constitue la condition spécifique de la protection »¹⁵⁹⁰. Plusieurs facteurs seront alors pris en compte pour caractériser le risque de confusion. Le considérant 10 de la directive¹⁵⁹¹ en donne quelques exemples : le degré de similitude entre la marque et le signe et entre les produits ou services désignés, la

¹⁵⁸⁶Cass. com., 18 avril 2000, préc. ; Cass. com., 26 novembre 2003, (cinq arrêts), D. 2004, AJ 143, obs. J. DALEAU, PIBD 200. 781, III, 129.

¹⁵⁸⁷La même remarque qu'en matière de signes publics peut être évoquée ici. Parce qu'il s'agit de protéger la confiance que le public porte à la marque, l'imitation-simulacre *stricto sensu* d'une marque est sanctionnée, sans apprécier une éventuelle innovation, à la différence de celle d'une création.

¹⁵⁸⁸Cass. com., 22 novembre 2005, PIBD 2006 822, III, 51, « La Casta » n'imité pas « Lacoste ».

¹⁵⁸⁹Cass. com., 21 avril 2011, n° 10-26.969, PIBD 2011, III, p. 58.

¹⁵⁹⁰CJCE, 18 juin 2009, « L'Oréal », aff. C. 487/07, Rec. I, p. 5185 (point 59).

¹⁵⁹¹Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO n° L 040 du 11 février 1989, p. 0001-0007) : V. également le considérant 11 de la Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008).

connaissance de la marque sur le marché, l'association qui peut en être faite avec le signe utilisé ou enregistré, etc.

L'appréciation du risque de méprise impose donc une double comparaison de chacun des éléments qui constituent la marque avec leur copie respective. Elle prend également en compte la notoriété de la marque et cette caractéristique génère d'ailleurs quelques exceptions quant à l'appréciation du risque de méprise pour des imitations-simulacres.

826. *Exception. La présomption du risque de méprise en cas de copie d'une marque notoire.*

La marque notoire trouve une protection élargie prévue à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. Non soustraite au principe de spécialité par exception¹⁵⁹², les juges du fond n'ont pas à vérifier un risque de confusion en cas d'imitation. La chambre criminelle a récemment considéré dans un arrêt du 17 janvier 2017, que « l'emploi d'un signe identique ou similaire à la marque notoire enregistrée engage la responsabilité de son auteur dès lors qu'il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou s'il constitue une exploitation injustifiée de celle-ci, sans que cette protection soit subordonnée à la constatation d'un risque de confusion, dans l'esprit du consommateur, entre le signe et la marque protégée »¹⁵⁹³. Ainsi faut-il comprendre, au regard de notre concept, que du fait de sa notoriété, peu importe que l'imitation de la marque soit reproduction ou simulacre, le risque de méprise dans l'esprit du public doit être présumé de manière irréfragable et n'a pas à être caractérisé pour constater le comportement de contrefaçon. Autrement dit, une imitation-simulacre par reproduction ou par ressemblance d'une marque notoire doit être traitée comme une imitation-reproduction. Au-delà de la recherche de la renommée¹⁵⁹⁴, les juges auront à comparer les deux marques, construites de manière identique ou similaire, présentant notamment des similitudes phonétiques ou encore visuelles¹⁵⁹⁵. Selon la Cour de cassation, « le risque de confusion est d'autant plus grand que la marque contrefaite est notoire. La notoriété de la marque est en effet un facteur pertinent du risque de confusion en ce qu'elle confère à cette marque un caractère distinctif particulier et lui

¹⁵⁹²Cass. com., 12 juillet 2005, B. civ. n° 173, D. 2005, AJ 2074, obs. DALEAU, RTD com. 2005, 713, obs. AZÉMA.

¹⁵⁹³Cass. crim., 17 janvier 2017, n° 15-86.363, non publié au bulletin.

¹⁵⁹⁴Seront notamment prises en considération pour l'appréciation de la renommée de la marque, l'intensité de son exploitation, son étendue géographique, la durée de son usage.

¹⁵⁹⁵V. par ex. pour des similitudes phonétiques et visuelles, alors que « le caractère arbitraire de la dénomination NUTELLA confère à la marque un caractère distinctif est par surcroît renforcé eu égard au fait que cette marque bénéficie d'une notoriété de nature à se voir ouvrir une protection plus étendue », CA Paris, 28 septembre 2011, n° 09/21842.

ouvre une protection plus étendue »¹⁵⁹⁶.

Un tel raisonnement se rapproche grandement de la contrefaçon en matière de signes publics. En effet, une marque notoire est présumée suffisamment représentée dans l'esprit du public pour que toute atteinte la concernant soit nécessairement apte à créer une méprise. Encore faut-il toutefois que le demandeur invoque l'article L. 713-5 du Code de la propriété devant les juges du fond, sinon l'utilisation d'un signe similaire à la marque sera jugée sur le fondement de l'article L. 713-3. Devra alors être rapportée la preuve d'un risque de confusion dans l'esprit du public.

827. *Pour conclure sur l'imitation de la marque au regard de l'acte matériel.* Nous retiendrons de l'analyse des actes matériels de ces contrefaçons, que le législateur sanctionne l'imitation d'une marque industrielle ou commerciale dans les situations de reproduction ou de copie ressemblante de son signe distinctif et des produits ou services qu'elle lui associe. Il s'agit soit de comportements d'**imitation- reproduction** où la marque contrefaite présente une double identité avec la marque originale soit d'**imitations-simulacres par reproduction** ou **simple copie du signe de la marque**. Pour ces dernières, le risque de causer une méprise dans l'esprit du public est, sauf exception, un élément constitutif de l'infraction que le juge doit évaluer. Dans les deux cas, c'est la constatation de l'**imitation matérielle** d'un ou des deux éléments matérialisés de la marque qui permet de déduire l'imitation. Il faut toutefois remarquer qu'en cas d'imitation-simulacre par reproduction, le risque de méprise dans l'esprit du public sera en pratique facilement appréciable, dans la mesure où l'imitateur crée, au-delà d'une apparence de réalité, une certaine apparence de la réalité par la reproduction du signe.

828. Il reste à considérer l'élément moral de ces contrefaçons, qui semble quelque peu différent, pour les marques, de ce que nous avons rencontré jusque là. Il nous indiquera la spécificité de la considération, par le législateur, de l'intention de l'imitateur d'une marque. Nous observerons également que certaines contrefaçons, à la marge des imitations de marques « matérialisées », relèvent, par l'élément intentionnel qu'elles impliquent, davantage d'une imitation personnelle de l'exploitant de la marque.

¹⁵⁹⁶Cass. com., 22 février 2005, TBS, PIBD 2005, III, 266 ; V. également Cass. com., 5 avril 2005, Le Bistrot du Sommelier, PIBD 2005, III, 396.

B. L'élément intentionnel de la contrefaçon des marques : une imitation par négligence ou imprudence

829. *Une protection élargie de la marque contre l'imitation par l'incrimination de la seule négligence.* Selon l'article 121-3 du Code pénal, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » ou bien, plus rarement, sans « faute d'imprudence, de négligence », « lorsque la loi le prévoit ». Si a priori, la contrefaçon de marque est un délit intentionnel, il semble que la chambre criminelle se contente parfois d'une simple négligence.

830. *Une présomption de l'intention de l'agent.* La liberté de l'imitateur est présumée¹⁵⁹⁷. La seule négligence ou imprudence suffit selon la jurisprudence à caractériser l'infraction de contrefaçon. La reproduction ou copie « de hasard » est donc, pour la marque, sanctionnée comme l'imitation intentionnelle. Celui qui élabore une marque, au-delà de ne pas imiter intentionnellement une autre marque déposée, doit prendre toutes les précautions pour ne pas tromper le public. C'est-à-dire qu'il doit faire en sorte que sa marque ne puisse pas être confondue avec une autre, même pour des services ou produits seulement similaires.

831. *La justification de la présomption de l'intention de l'agent.* Une telle position quant à l'élément moral pour des comportements d'imitation paraît quelque peu surprenante dans la mesure où toute imitation est intentionnelle¹⁵⁹⁸. Il semble que les comportements de contrefaçon de marque sont largement sanctionnés pour protéger la fonction distinctive de la marque. Il s'agit de préserver le lien qui existe entre une marque - son signe - et les produits ou services qu'elle propose, aux yeux du consommateur, pour garantir un minimum de sécurité aux transactions sociales, notamment commerciales. Le contrefacteur ne pourra donc pas se prévaloir de sa bonne foi, ou d'un hasard.

Par ailleurs, selon la loi d'« adaptation » n° 92-1336 du 16 décembre 1992¹⁵⁹⁹, les délits non intentionnels prévus par des textes antérieurs extérieurs au Code pénal ne peuvent être

¹⁵⁹⁷ V. sur la liberté de l'agent qui est toujours et d'abord présumée en droit. J.-M. TRIGEAUD, « Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexions de synthèse », in Revue trimestrielle Fides Quaerens, Université di filos, Calabria, Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Naples, 2010, p. 2.

¹⁵⁹⁸ Même en matière de droit d'auteur et de brevets, si l'intention est présumée, il paraît relativement difficile de considérer une imitation de création par négligence. Et il est possible de tenter de démontrer que la production est fortuitement ressemblante. V. *supra* n°605.

¹⁵⁹⁹ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaires par cette entrée en vigueur (JO 23 décembre 1992 ART. 339)

constitués que si la preuve d'une imprudence ou d'une négligence est rapportée. Les juges pourront le constater au regard notamment des circonstances de fait, des circonstances personnelles de l'auteur – telles que sa qualité professionnelle - et de l'acte matériel accompli par l'agent¹⁶⁰⁰. Ainsi, au regard de cette appréciation, les juges du fond devront établir que le contrefacteur n'a pas pris toutes les précautions pour que son acte ne devienne pas une imitation illicite. En ce sens, on pourrait en déduire que la contrefaçon est constatée même si elle ne résulte que d'une simple influence, et non d'une imitation (intentionnelle).

Le principe de spécialité vient nuancer cette interprétation. Dans la mesure où la négligence est démontrée dans des situations de produits et services identiques ou similaires, et de qualités professionnelles voisines, il semble difficile de considérer que le contrefacteur n'ait pas eu connaissance du modèle ni eu l'intention de s'en rapprocher quelque peu. À cet égard, la négligence ou imprudence évoque davantage une absence d'intention de nuire (au modèle, au concurrent éventuel, au consommateur) qu'une absence d'intention de reproduire ou copier le modèle. C'est ce qui justifie, selon nous, l'élargissement du champ d'application de l'incrimination, au point de sanctionner l'imitation-simulacre de marque qui s'éloigne doublement de l'apparence de la réalité, pour devenir presque une nouvelle réalité.

S'agissant de rechercher un risque de confusion entre les marques, antérieure et contrefaisante, la responsabilité pénale pour imitation de marque par négligence ou imprudence sanctionne tout comportement portant atteinte à la fonction distinctive de la marque et dont l'effet risque nécessairement de tromper le public.

832. **Des exceptions.** A l'appui de cette interprétation, il faut noter que le droit des marques prévoit des exceptions qui ne sauraient être sanctionnées. En effet, une personne peut utiliser à titre de dénomination sociale, de nom commercial ou d'enseigne son nom de famille, même si celui-ci correspond à une marque déjà enregistrée. Il doit être de bonne foi¹⁶⁰¹. Ce qui revient à dire que son acte ne traduit pas une intention d'imiter la marque – ou du moins excuse la reproduction. Par ailleurs, sans que le législateur ne l'ait prévu, la jurisprudence a tendance à accepter la reproduction ou la copie de marque dans la limite de correspondre à la liberté d'expression¹⁶⁰², l'individu ne devant pas être animé d'une intention de nuire, en portant par

¹⁶⁰⁰Cass. crim., 26 avril 2000, B. crim. n° 166, RLDA 2000, n° 29, p. 15, n°181, obs. HABERER ; Cass. crim., 22 mai 2007, n° 06-87520.

¹⁶⁰¹Cass. com., 31 janvier 2012, n° 11-14317, Propr. Ind. 2012, comm. 32, obs. P. TREFINGY-GOY, JCP E 2013, chron. 1074, n°9, obs. C. CARON.

¹⁶⁰²Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2006, Comité national contre les maladies respiratoires et la tuberculose c/JT

exemple atteinte à l'image de la marque¹⁶⁰³ ou à sa réputation. Ici, c'est bien l'absence d'intention de nuire et la considération d'une intention d'expression individuelle qui permet d'éliminer l'hypothèse d'une contrefaçon.

Nous retiendrons donc que la contrefaçon d'une marque témoigne bien d'une imitation volontaire, illicite parce qu'elle risque de causer une méprise dans l'esprit du public, même si l'imitateur a simplement montré peu de rigueur dans l'élaboration de sa marque.

833. *La contrefaçon d'une marque pour imiter personnellement son titulaire.* Enfin, certaines contrefaçons de marques ne comportent pas d'imitation matérialisée de la marque. Pourtant, par l'élément intentionnel qu'elles exigent explicitement, elles s'appliquent à des comportements d'imitation de la marque qui créent manifestement un risque de confusion sur l'origine des produits. L'apposition illicite de la marque ou infraction dite « de remplissage », sanctionnée par les articles L. 713-2 a) et L. 713-3 a) du Code de la propriété intellectuelle, en est un exemple intéressant à signaler.

Ce comportement a pour objectif de faire passer un produit ou service pour celui émanant de la marque d'autrui. Il doit nécessairement s'inscrire dans le cadre de la spécialité et être effectués dans un but commercial¹⁶⁰⁴. On entend ici le fait de se servir d'une marque authentique¹⁶⁰⁵ pour désigner et accompagner des produits identiques ou similaires à ceux diffusés par le propriétaire de la marque. L'infraction d'apposition suppose plus spécifiquement que le signe de la marque soit physiquement appliqué sur le produit¹⁶⁰⁶, notamment à l'aide de timbre ou de poinçon¹⁶⁰⁷, ou encore d'étiquettes. Tel est le cas par exemple de celui qui appose la marque complexe « Léonidas » sur des emballages contenant des chocolats non fabriqués par cette marque¹⁶⁰⁸ ou encore celui qui appose la marque « Coca cola » pour des produits divers, sans autorisation¹⁶⁰⁹. En outre, cette infraction peut être caractérisé par le fait de livrer un produit ou de fournir un service autre que celui qui lui est demandé sous une marque

international et Japan Tobacco, JCP 2006, II, 10195, note F. POLLAUD-DULIAN ; V. également C. GEIGER, *Droit des marques et liberté d'expression*, D. 2007, chron. p. 884.

¹⁶⁰³Cass. com., 14 janvier 2003, Comm. com. électr. Comm. 59, note C. CARON.

¹⁶⁰⁴Pour que le délit existe, il faut que l'objet vendu soit nouveau. V. notamment CA Paris, 28 janvier 1972, Ann. propr. ind. 1972. 177.

¹⁶⁰⁵Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, le délit d'apposition suppose l'existence d'un lien direct, entre l'emballage authentique marqué et le produit qui n'a pas droit à la marque (Cass. crim. 6 novembre 1958, D. 1959, 1, note VEILLEUX) ou indirecte (Cass. com., 27 octobre 1970, JCP 1971, II, 16669, note A. CHAVANNE, RIPIA 1971).

¹⁶⁰⁶CA Paris, 6 février 1960, Ann. propr. ind. 1960. 87, note GAULTIER.

¹⁶⁰⁷Cass. crim., 6 mai 1984, B. crim. n° 152.

¹⁶⁰⁸TGI Paris, 28 septembre 1988, RDPI n° 23, juin 1989, p. 90.

¹⁶⁰⁹CA Paris, 15 décembre 1987, TDPI n° 16, avril 1988, p. 100.

enregistrée. Tel est le cas de celui qui remplace le contenu, authentique, d'une bouteille marquée du signe protégé par un produit différent mais similaire¹⁶¹⁰.

Dans cette infraction de contrefaçon, c'est le véritable signe de la marque qui est utilisé, avec substitution des produits pour le remplissage, mais aucune imitation matérielle n'est constatée. Le premier est commis en violation des droits conférés par l'enregistrement de la marque. Le contrefacteur crée une **apparence de la réalité** puisque les produits présentés ou substitués passent pour être issus de la marque contrefaite. Il s'agit donc bien d'un comportement d'imitation de la marque qui utilise sans l'imiter un signe véritable pour l'apposer sur un produit similaire. L'imitateur se comporte comme s'il jouissait du droit d'exploitation de la marque. L'intentionnalité de son acte démontre qu'il avait à la fois conscience que ce droit appartenait à une autre personne (représentation du modèle) et la volonté de tromper le consommateur. A ce titre, on peut constater que l'imitation de la marque (modèle incorporel) s'appuie sur une imitation personnelle de son titulaire (modèle personne physique ou morale).

Soit l'imitateur utilise la marque authentique pour des produits ou services identiques, et dans ce cas le risque de méprise n'a pas à être rapporté et il doit être présumé de manière irréfragable. Soit il l'utilise pour des produits ou services similaires, et les juges du fond devront apprécier l'aptitude du comportement à causer une méprise. Quant à l'élément moral, sa recherche en est quelque peu allégée, vu la matérialité illicite de l'acte.

834. ***Pour conclure sur l'imitation de la marque de fabrique, de commerce ou de service.*** Pour conclure, comme pour les signes garants de la confiance publique, le législateur sanctionne tous les actes qui portent atteinte aux marques, dont beaucoup présentent les caractéristiques d'un comportement d'imitation, même si les textes n'emploient le terme que dans un sens très restrictif (l'« imitation » de la marque entendue comme son signe). Contrairement aux signes publics, les incriminations correspondantes ne sont pas distinguées en « contrefaçons » et « infractions de ressemblance » mais sont toutes considérées comme des contrefaçons.

Parce que la marque se compose de son signe distinctif associé à des produits ou services pour laquelle a été enregistrée, l'imitation peut porter sur le signe, sur les produits ou services de la marque, ou sur les deux à la fois. La double identité des signes et des produits renvoie à **un acte d'imitation- reproduction**, contrefaçon servile ou quasi servile, où le risque du comportement à causer une méprise est présumé irréfragablement¹⁶¹¹. Car la marque imitante

¹⁶¹⁰CA Paris, 6 novembre 1922, Ann. propr. ind. 1923, 25.

¹⁶¹¹Il faut noter que la peine applicable à la contrefaçon de marque d'entreprise s'élève à 3 ans d'emprisonnement

est difficilement distinguable de la marque originale, et crée une **apparence de la réalité** propre à abuser, sinon un acheteur voire un utilisateur, au moins un public observateur. Et il s'agit ici toujours, à la différence des choses publiques, d'apprécier le risque de confusion dans l'esprit d'une personne raisonnable.

Dès que le signe ou les produits et services de la marque, ou les deux, ne sont que ressemblants, le législateur établit des infractions de contrefaçon particulières, pour lesquelles le risque de causer une méprise dans l'esprit du public doit être évalué par le juge du fond pour caractériser l'infraction¹⁶¹². Créant une **apparence de réalité**, ces imitations peuvent être suffisamment crédibles pour entraîner chez le public une confusion entre la marque imitante et la marque originale. Nous les qualifions de simulacre, en distinguant cependant **l'imitation-simulacre par reproduction** et **l'imitation-simulacre par ressemblance**. Par exception, la marque notoire semble bénéficier de la même intransigeance appliquée par le législateur pour sanctionner les imitations de signes publics, toute imitation, par reproduction ou par simulacre, étant présumée apte à causer une méprise dans l'esprit du public.

L'analyse et la caractérisation des actes de contrefaçon d'une marque de fabrique, de commerce ou de service révèle que l'imitation d'une chose incorporelle relève d'une imitation double : du signe distinctif et des produits ou services pour lesquels la marque d'origine a été enregistrée. La répression des contrefaçons par négligence ou imprudence démontre bien la volonté du législateur de protéger la fonction distinctive de la marque. Pour la même raison sont sanctionnés tous les actes d'imitation d'une marque qui ne reposent pas sur une imitation matérialisée, notamment du signe, mais sur une imitation plutôt personnelle du titulaire de la marque, en violation de ses droits d'exploitation.

La répression de l'imitation d'une marque reconnaît parfois des exceptions, en cas d'homonymie de l'imitateur avec le nom-signe distinctif d'une marque enregistrée, s'il est de bonne foi, ou en vertu de la liberté d'expression, s'il n'est pas animé de l'intention de nuire à la marque. Plus généralement, les comportements d'imitation d'une marque sont réprimés parce qu'ils perturbent les échanges sociaux, en remettant en cause la confiance que le public peut avoir sur l'origine des produits et services qu'il achète ou consomme.

et 300 000 euros d'amende. Ainsi, si la peine d'emprisonnement est moins importante qu'en cas d'imitation de signes publics, l'amende se rapproche de celle qui sanctionne l'imitation de la monnaie. Autrement dit, on remarque une nette disproportion entre la peine privative de liberté et la peine d'amende, qui se retrouve en fait pour toutes les contrefaçons en matière de droit de la propriété intellectuelle.

¹⁶¹²En matière de marques de fabrique, de commerce ou de service, le législateur n'ayant pas fait de distinction, l'imitation-simulacre d'une marque est autant punie qu'une imitation-reproduction. On aurait pourtant pu s'attendre à une sanction moindre de l'imitation imparfaite de la marque. Toutefois, la marque étant garante de la chose du public, on comprendra le choix du législateur.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

835. ***Des infractions d'imitation matérielle.*** L'analyse selon le concept d'imitation de certaines infractions portant sur des signes publics ou privés de personnes physiques ou morales, permettent d'établir entre elles une distinction. D'une part, les infractions relatives aux faux et à la falsification n'ont pas pour éléments constitutifs les critères d'un comportement d'imitation illicite, mais le mensonge. Si elles renvoient à une imitation, ce n'est que par conséquence indirecte.

En revanche, les incriminations de contrefaçon et de ressemblances ont pour objet de sanctionner, de manière autonome, des comportements d'imitations de signes publics ou privés, dont le modèle est une chose, corporelle ou incorporelle. Dans ce sens, peu importe le procédé, c'est l'imitation matérielle du signe distinctif qui est sanctionnée, et non l'imitation personnelle qui a pu éventuellement la sous-tendre. Cependant, ces signes, qu'ils soient publics ou privés, sont protégés pour ce qu'ils représentent.

836. ***Des atteintes à la confiance du public.*** Certains signes imités ne sont pas des choses quelconques car ils sont garants de la confiance publique voire représentatifs de la souveraineté de l'Etat ou bien détiennent une valeur probatoire tenant à leur « capacité de véracité ». Il nous a semblé intéressant de comparer leur protection avec celle que le droit offre aux marques de fabrique, de commerce ou de service, dont dépend la confiance « d'un public » de consommateurs ou d'utilisateurs de produits ou services.

Dans ce domaine, le législateur prévoit de sanctionner une multitude d'infractions que nous nommons d'imitation, selon la perfection du résultat. Elles doivent, pour cela, démontrer une certaine capacité à créer une confusion dans l'esprit du public et donc une atteinte possible à la confiance publique ou du public.

Cependant, à côté de similitudes relatives au comportement d'imitation lui-même, nous avons relevé quelques différences dans l'organisation de la répression selon la chose protégée. Les marques relevant du droit de la propriété intellectuelle, la sanction de leur imitation est conditionnée à l'absence d'une autorisation par le titulaire du droit. Alors qu'il paraît évident que le signe public ne doit pas être reproduit, sans référence à une quelconque autorisation.

837. ***Des imitations-reproductions.*** Nous avons établi que la contrefaçon de choses publiques et la contrefaçon par reproduction de marque de fabrique, de commerce ou de service pouvaient être qualifiées d'imitation-reproduction. Il en est ainsi lorsque l'imitateur crée **une apparence de la réalité** qui perturbe le lien unissant la chose et son support ; le signe public apparaissant identique au modèle, le support apparaît « officiel », c'est-à-dire émaner de l'autorité publique ; ou bien la marque paraissant « authentique », l'origine des produits paraît garantie. Le risque de méprise dans l'esprit du public est donc important, et l'on comprend qu'il n'a pas à être recherché mais doit être présumé de manière irréfragable.

838. ***Des imitations-simulacres par reproduction.*** Dans le cas d'une imitation-simulacre par reproduction, l'imitateur crée **une apparence de réalité contenant des éléments de la réalité** donnant à l'ensemble de la chose imitée le pouvoir de remplacer le véritable signe. L'appréciation de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public dépendra de la chose protégée. En effet, lorsque cette dernière relève de l'autorité publique, les juges pénaux se contentent de constater la reproduction d'un élément de la chose-modèle pour en déduire que le faux peut remplacer le vrai. Ainsi cette imitation est-elle appréciée comme une imitation-reproduction et sanctionnée comme une contrefaçon. En revanche, lorsque la marque est reproduite pour des produits ou services similaires, les juges auront à vérifier l'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public. Cela étant nous avons constaté que ce risque était aisé à établir.

839. ***Des imitations-simulacres.*** Dans le cas d'une imitation-simulacre, l'imitateur crée **une apparence de réalité** ; et les juges auront à évaluer la ressemblance entre les choses - originale et imitante - afin d'en démontrer le caractère trompeur. Seuls les signes publics imités seront appréciés au regard d'une personne pressée ou négligente. Cette position s'explique par leur valeur symbolique et représentative de l'autorité publique, voire de la souveraineté de l'Etat. Cela étant, le législateur offre aux marques une protection élargie contre l'imitation puisqu'il en permet la sanction lorsqu'elle s'éloigne doublement de la réalité, au regard du signe distinctif, d'une part, et des produits ou services, d'autre part.

840. ***L'intention des imitations matérielles.*** En matière de signe public, nous avons constaté que parfois les juges n'hésitent pas à sanctionner une imitation-simulacre par reproduction comme une imitation-simulacre en recherchant le risque de méprise dans l'esprit du public. Il semble que seule l'appréciation de l'intentionnalité permet de différencier véritablement les

infractions de contrefaçon et de ressemblance.

841. ***Des imitations possibles de personne.*** Enfin, le législateur prend également en compte non pas une imitation matérielle ou matérialisée, mais une imitation personnelle. On constate alors des infractions d'usurpation, soit du titulaire de la marque, soit d'une fonction étatique si l'imitateur a commis des actes réservés.

842. En matière de signes publics ou de marques de fabrique, de commerce ou de service, le juge trouve ainsi dans l'arsenal répressif différents moyens qui lui permettant de sanctionner tout imitateur, risquant de causer une méprise dans l'esprit du public, pour préserver la confiance du public qui croit en la véracité du signe distinctif, et parfois au nom de la souveraineté de l'Etat.

CONCLUSION DU TITRE II

843. *Existence connue d'infractions d'imitation de choses garantes de la confiance du public.* Lorsque l'objet protégé est une chose, le législateur et la jurisprudence ont clairement identifié le comportement d'imitation. L'imitation d'une chose est sanctionnée en vertu d'un droit de la propriété intellectuelle - pour la création d'autrui ou les marques de fabrique, de commerce ou de service – ou dès lors que la chose relève de la confiance publique ou possède une valeur probatoire – pour la monnaie, titres et autres valeurs fiduciaires ou marques de l'autorité publique dont la « capacité de véracité » est inhérente à leur nature.

844. *L'imitation d'une chose.* En premier lieu, toutes les imitations de chose sont construites en référence à un modèle. Même s'il est parfois possible d'identifier une personne derrière la chose, le modèle de l'imitation apprécié en droit reste avant tout une chose. Ce modèle est alors une création ou un signe distinctif garant de la confiance du public. Peu importe que la chose soit corporelle ou non, c'est l'imitation d'une chose matérielle ou matérialisée qui est réprimée.

845. *L'imitation d'un personnage.* Toutefois, le législateur n'a pas délaissé ce que nous qualifions d'imitation personnelle, en prévoyant de sanctionner certains comportements dont le modèle serait un personnage, en matière de fabrication de monnaie ou encore de brevet. En revanche, nous avons établi qu'il n'était pas envisageable de sanctionner un comportement d'imitation de personne en droits de la propriété littéraire et artistique, l'infraction de contrefaçon imposant un acte de reproduction ou de diffusion.

846. *Une représentation du modèle.* Nous avons constaté que l'appréciation de l'illicéité de l'imitation, l'analyse de la représentation du modèle ne pose pas de réelle difficulté. En effet, lorsque la chose ou le personnage est public ou notoire, cette représentation est présumée et ne peut jamais être remise en cause. Lorsque la chose relève de la propriété intellectuelle, sa représentation dans l'esprit de l'imitateur est présumée dès lors qu'elle est accessible par tous.

847. *Des imitations-reproductions et des imitations-simulacres.* Par ailleurs, les infractions d'imitation d'une chose sont à distinguer au regard de la perfection du résultat. Le législateur prévoit donc un grand nombre d'infractions permettant de sanctionner largement l'imitation. On y retrouve les deux catégories principales de l'imitation : **l'imitation-reproduction** et

l'imitation-simulacre. Cela étant dit, nous avons établi que l'imitation-simulacre de création n'est pas sanctionnée, étant donné la difficulté de prouver l'imitation.

848. *Des imitations-simulacres par reproductions.* Toutefois, une nouvelle catégorie d'imitation a pu être découverte par l'étude de l'imitation de ces différentes choses : **l'imitation-simulacre par reproduction.** L'imitateur crée une apparence de réalité qui s'appuie sur une apparence de la réalité, en reprenant parfaitement des éléments essentiels de la chose. Ces différentes qualifications d'imitation auront alors des conséquences quant à l'appréciation du comportement de l'imitation.

849. *L'aptitude de l'imitation à causer un risque de méprise.* Le risque de causer une méprise dans l'esprit du public est présumé de manière irréfragable lorsque l'imitation est une reproduction - l'imitateur créant une apparence de la réalité. En revanche, lorsque l'imitation est un simulacre *stricto sensu*, ou qui comprend une part de reproduction, l'aptitude de l'imitation à causer une confusion dans l'esprit du public est, par principe, appréciée par le juge. Toutefois, nous avons vu que lorsque l'imitateur reprend des éléments essentiels de la chose, créant ainsi une certaine apparence de la réalité, le risque de méprise s'apprécie sans difficulté.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

850. Dépassez une conception matérialiste de l'imitation, la réduisant à la copie ressemblante d'une chose, permet de rendre compte que le législateur prévoit des incriminations qui répriment, directement ou indirectement, des comportements d'imitation comportementale.

851. Apprécier dans toute son extension de comportement volontaire de reproduction en référence à un modèle, l'imitation est sanctionnée lorsqu'un individu s'approprie des éléments signifiant d'une **personne**, d'un **personnage** ou encore lorsqu'il reproduit des éléments essentiels, entièrement ou partiellement, de la **création** d'autrui ou d'une **chose garante de la confiance publique ou d'un public déterminé**.

852. Ainsi découvert, l'imitation, plus qu'une simple notion, se présente comme un concept se rapportant à un comportement référentiel dont les critères constitutifs permettent la caractérisation d'infractions que nous pouvons qualifier d'« **infractions d'imitation unilatérale** ».

SECONDE PARTIE

L'IMITATION PLURILATERALE

853. *L'imitation, une expression comportementale de la mimésis sociale.* L'analyse de certains comportements délictueux en termes d'imitation unilatérale nous est apparue riche d'enseignements sur la façon dont le droit sanctionne un imitateur qui usurpe une identité¹⁶¹³ ou une fonction¹⁶¹⁴ ou encore reproduit frauduleusement un objet¹⁶¹⁵. On ne doit pas oublier que l'imitation est l'expression comportementale de la mimesis, cette faculté à représenter le monde et ses objets, qui peut être le fait d'un seul mais également de plusieurs. Plus précisément lorsque l'agir mimétique implique des individus opérant ensemble, les auteurs parlent de mimésis sociale, phénomène complexe qui apparaît dès le début de la vie et perdure tout au long de l'existence.

L'imitation est alors conçue comme l'expression comportementale de la mimésis sociale et elle constitue un des premiers modes de communication de l'individu avec autrui. Elle permet, par identification à des modèles de référence, les apprentissages et l'assimilation des valeurs sociales. Elle facilite, enfin, l'intégration de l'individu dans des groupes sociaux d'appartenance qui, par des jeux d'influences mutuelles, impactent profondément son système de normes comportementales et de valeurs morales.

C'est donc la dimension plurielle de l'imitation que nous cherchons maintenant à explorer dans le champ pénal. Alors que l'imitation unilatérale est le fait de la seule volonté de l'imitateur, **l'imitation plurilatérale suppose au moins deux volontés ou du moins une interaction entre le modèle et le mime**. Ce qui pose la question de l'adhésion ou de l'entente entre les protagonistes de l'agir mimétique. Plus précisément, nous nous demandons comment le droit analyse et sanctionne les comportements d'imitation comprenant plusieurs imitateurs, voire plusieurs modèles.

854. *L'imitation plurilatérale en droit pénal.* Comme pour l'imitation unilatérale, on peut se demander si l'imitation plurilatérale se retrouve dans certaines infractions en droit pénal. Pour cela, l'infraction devrait notamment présenter parmi ses éléments constitutifs une pluralité d'auteurs et la reproduction ou la similitude d'actes matérialisant l'infraction.

Or aucun texte d'incrimination ne prévoit cumulativement ces deux critères. On retrouve simplement le critère de la pluralité parmi les infractions dites collectives. Il ne peut donc être question dans cette seconde partie de repérer les infractions collectives qui pourraient admettre

¹⁶¹³V. *supra* n° 93.

¹⁶¹⁴V. *supra* n°277.

¹⁶¹⁵V. *supra* n°456.

les critères de l'imitation comme éléments constitutifs.

L'étude de l'imitation plurilatérale est toutefois intéressante en tant que phénomène social pouvant intervenir dans un contexte délictueux. La question est donc de savoir si le droit pénal prend en compte certains phénomènes d'imitation en groupe pour imputer une infraction et organiser la répression de comportements délictueux commis collectivement, notamment en aggravant ou en atténuant la sanction des différents protagonistes par la prise en compte de certains phénomènes d'imitation.

Dans cette seconde partie nous nous intéresserons aux notions juridiques et aux infractions qui évoquent un aspect d'influence entre des individus pendant la commission d'actes délictueux.

Les éléments étudiés proviennent du droit pénal général – telles que les notions de complicité et de coaction et du droit pénal spécial – telles que les infractions collectives ou les infractions autonomes de provocation.

855. *Les difficultés d'appréciation de l'imitation plurilatérale en droit pénal.* Compte tenu de la complexité de l'imitation plurilatérale, l'appréciation de ce comportement dans le champ pénal présente nécessairement quelques difficultés.

L'imitation plurilatérale peut être composée de comportements d'imitation collective, au sein desquels il paraît parfois délicat de distinguer les rôles de chacun des protagonistes. Cette caractéristique peut être indifférente si les comportements sont licites – elle est parfois même valorisée dans des expressions tel « l'esprit d'équipe ». A l'inverse, elle ne sera pas sans conséquence sur l'appréciation de certaines infractions impliquant plusieurs individus, et cela à plusieurs niveaux.

La difficulté de distinguer modèle et mime peut engendrer des incertitudes sur l'appréciation de l'intention criminelle et ces rapports avec l'intention d'imiter. Or le modèle joue nécessairement un rôle d'influence, qui peut éventuellement être pris en compte d'un point de vue répressif.

De même il peut être malaisé de singulariser des actes similaires ou ressemblants au vu d'un résultat infractionnel. S'il est constaté le même comportement commis par plusieurs, il devient difficile d'imputer le résultat de l'acte et par conséquent d'attribuer la responsabilité de chacun des protagonistes.

Enfin une imitation plurilatérale illicite crée nécessairement une apparence globale, susceptible de fausser la perception de la situation délictuelle. Elle pose en particulier la question de la fiabilité du témoignage d'un public observateur, dont les sens peuvent être abusés

par la multitude d'informations à appréhender et à interpréter en termes de causalité.

Toutes ces difficultés¹⁶¹⁶ peuvent expliquer que le juge pénal peine parfois, face au double constat d'une infraction caractérisée et d'actes commis collectivement, à déterminer la responsabilité respective de chacun des agents.

C'est pourquoi l'analyse de certaines infractions ou mode de participation à une infraction en termes d'imitation nous paraît pertinente pour tenter d'apporter quelques éléments de réponse à ces écueils d'appréciation des actes individuels inclus dans des comportements collectifs.

856. ***Des imitations plurilatérales.*** Il est possible de différencier deux catégories d'imitations plurilatérales, la distinction ne reposant pas ici sur la nature du modèle mais sur les interactions individuelles.

Les relations entre les membres d'un groupe social varient suivant leur degré de connaissance mutuelle, le lien socio-affectif qui les unit ou encore la nature de la situation communicative. En particulier deux modes de communication sont possibles. La relation « horizontale »¹⁶¹⁷ suppose un rapport d'équivalence entre les individus, « pairs » de la situation communicative ; alors que la relation « verticale » traduit un rapport de hiérarchie entre au moins deux individus, l'un dominant l'autre qui lui est subordonné. En parallèle on peut parler d'imitation horizontale ou verticale, les deux ne s'opposant pas et pouvant se mêler dans une même scène.

Il convient donc d'orienter les analyses selon la nature de la situation communicative prédominante entre les individus qui composent le comportement d'imitation. L'imitation plurilatérale peut ainsi être horizontale si elle s'exprime entre pairs, c'est-à-dire que les uns imitent conjointement les autres sans qu'il soit possible de distinguer un modèle (Titre 1). Ou bien l'imitation est verticale, impliquant un ou plusieurs modèles imités par un ou plusieurs individus (Titre 2).

¹⁶¹⁶On remarquera que ces difficultés se retrouvent dans l'analyse de toutes les imitations plurilatérales, licites et illicites.

¹⁶¹⁷V. notamment P. JANIN, *Relation verticale, relation horizontale, le pari gestaltiste du « nous »*, Société française de Gestalt, 2004/1, n° 26, pp. 163-185.

TITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE HORIZONTALE

857. ***L'imitation horizontale.*** Étudier l'imitation plurilatérale dans le champ pénal impose de considérer des infractions impliquant au moins deux agents, dont il conviendra de déterminer les rôles en termes de modèle et de mime. Or cette imitation peut être réciproque, les deux pôles du comportement étant interchangeables et le jeu d'influence mutuelle « horizontal » à l'inverse d'une imitation « verticale » où le modèle domine nettement un ou plusieurs individus.

Une autre distinction nous paraît cependant intéressante à établir au sein des phénomènes d'imitation horizontale. D'une part elle peut intervenir dans des groupes humains constitués, c'est-à-dire où le partage de valeurs ou d'objectifs communs détermine la reproduction de comportements identiques ou similaires. Nous parlerons alors **d'imitation plurilatérale horizontale dans une pluralité d'individus**, que nous rechercherons dans les infractions collectives ou commises collectivement par un nombre déterminé sinon restreint de personnes (Chapitre 1). D'autre part la présence dans un même espace temps d'un grand nombre d'individus peut favoriser des comportements imitatifs. Il convient donc de porter notre analyse du côté des infractions commises au sein de grands rassemblements humains tels qu'une foule d'individus pour rechercher si certaines d'entre elles relèvent d'une **imitation plurilatérale horizontale dans une multitude d'individus** (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'IMITATION HORIZONTALE DANS UNE PLURALITE D'INDIVIDUS

858. *La prise en compte de la pluralité par le droit pénal.* Le droit pénal prévoit un certain nombre de textes pour sanctionner la participation collective à une infraction. Plus exactement, il peut saisir la pluralité de différentes manières.

Premièrement, le législateur prend en compte la participation groupale en élaborant des infractions dites collectives par nature. Ces dernières exigent pour leur caractérisation plusieurs auteurs agissant ensemble au moment de l'acte. Tels sont les cas de l'association de malfaiteurs¹⁶¹⁸ ou encore du groupe de combat¹⁶¹⁹.

Deuxièmement, la matière répressive prévoit également des infractions que certains nomment « satellitaires, périphériques »¹⁶²⁰ qui prolongent un crime ou un délit préalable, comme l'infraction de blanchiment¹⁶²¹ ou encore de recel¹⁶²². De même, les infractions de provocations, infractions autonomes¹⁶²³, ou encore la complicité¹⁶²⁴, sont sanctionnées lorsqu'un individu facilite la tentative ou la commission d'une infraction par un autre.

Troisièmement, bien que certaines infractions ne requièrent pas pour leur sanction une pluralité d'auteurs, il arrive qu'elles soient commises collectivement et le législateur prévoit alors des peines plus sévères. Seules les circonstances de fait expliquent la prise en compte de la pluralité. Prévues limitativement par la loi, les circonstances aggravantes peuvent se rattacher soit à l'auteur de l'infraction (circonstance aggravante personnelle), soit à l'infraction elle-même (circonstance aggravante réelle), soit à l'un et l'autre (circonstance aggravante mixte). Elles s'ajoutent aux éléments constitutifs de l'infraction commise pour augmenter la peine habituellement encourue.

859. *Les infractions commises par une pluralité.* Nous nous intéressons ici aux infractions commises par des groupes d'individus et à la manière dont le droit apprécie le rôle de chacun des protagonistes et leurs interactions afin d'évaluer leur degré de responsabilité respective

¹⁶¹⁸Art. 450-1 C. pén.

¹⁶¹⁹Art. 431-13 et s. C. pén.

¹⁶²⁰F. PARDO, *Le groupe en droit pénal, des foules criminelles au crime organisé : Contribution à l'étude des groupes criminels*, Thèse Nice, livre numérique : Frédéric PAR, 2009, n° 19, p. 14.

¹⁶²¹Art. 324-1 et s. C. pén.

¹⁶²²Art. 321-1 C. pén.

¹⁶²³Par ex. la provocation au suicide (Art. 223-13 C. pén.).

¹⁶²⁴Art. 121-7 C. pén.

(Section 2). Certes les critères du comportement d'imitation ne sont pas les éléments constitutifs de ces infractions. Cependant, le processus d'imitation/mimétique a été bien mis en évidence par les sciences sociales dans la réalité groupale, et notamment dans les groupes délinquants.

Plus qu'à des infractions particulières l'imitation plurilatérale renvoie davantage à un mode de participation, c'est-à-dire à des interactions entre des protagonistes dont il convient d'apprécier le rôle respectif pour constater l'infraction. C'est pourquoi un détour par les apports théoriques des psychosociologues, criminologues et anthropologues nous semble nécessaire pour mieux comprendre les phénomènes d'imitation plurilatérale (Section 1) avant d'aborder le traitement pénal de l'imitation groupale dans un groupe restreint (Section 2).

SECTION I : IMITATION ET MIMESIS DANS UN GROUPE RESTREINT

860. *Première définition du groupe : une pluralité unie par un ou des points communs.* Le groupe peut être défini en droit comme un « ensemble de personnes (physiques ou morales) ayant un caractère ou un objectif commun (licite ou illicite), ou unies par un lien de droit »¹⁶²⁵.

En psychologie sociale, il est entendu largement comme « des ensembles sociaux de taille et de structure très variées, depuis les collectivités nationales jusqu'aux bandes les plus éphémères. Le seul trait commun à tous ces ensembles consiste à la fois dans la pluralité des individus et dans leur solidarité implicite, d'ailleurs plus ou moins forte. A cet égard, le langage commun est par lui-même significatif ; le terme de « membres » appliqué spontanément aux individus composant un groupe évoque l'image d'un corps dont ils seraient les parties, à la fois dépendantes et mobiles ; il évoque aussi ce que des personnes distinctes peuvent avoir en commun et peuvent faire ensemble »¹⁶²⁶.

861. *Une certaine « entente » dans le groupe.* TURNER considère que le groupe n'existe que si au moins deux personnes se définissent comme faisant partie du groupe qu'elles composent et qu'un troisième individu reconnaît cette existence¹⁶²⁷. Plus particulièrement, SHAW définit le groupe comme deux personnes ou plus qui vont, pendant un certain temps,

¹⁶²⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris : PUF, 2016, V° Groupe.

¹⁶²⁶J. MAISONNEUVE, *La dynamique des groupes*, PUF, 13^{ème} éd., 1999, p. 3.

¹⁶²⁷V. J. C. TURNER, *Autocatégorisation et influence sociale, Relations humaines, groupes et influence sociale*, G. Mugny, D. Oberlé, J.-L. Beauvois, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 210-213.

interagir, s'influencer mutuellement et se percevoir comme un « nous »¹⁶²⁸. Le « Nous » remplace alors le « Je » et s'oppose à « Eux ». Le groupe se distingue d'un simple agrégat d'individus réunis dans un même espace-temps, par exemple une file de personnes à une caisse de supermarché. Les **membres d'un groupe s'entendent** à faire partie de l'entité groupale et cette entente est perceptible par le jeu de leurs interactions.

862. *La notion de groupe en psychologie sociale et en criminologie.* La psychologie sociale effectue une classification des groupes suivant différents critères : selon leur type de rassemblement, selon leur but et leur cause, selon la quantité de leurs membres ou encore leur qualité¹⁶²⁹.

En criminologie, c'est le nombre de participants à l'acte délinquant qui est pris en compte dans l'analyse du fait criminel. Comme le relève GASSIN, « ni la nature de l'acte, ni sa structure, ni son mode d'exécution, ne se présentent de la même façon selon le nombre de personnes qui participent à l'acte criminel »¹⁶³⁰. De façon générale, quatre catégories de rassemblements humains sont alors distinguées. En premier lieu, la **foule** ou la masse qui désigne le rassemblement d'un très grand nombre de personnes dans un même lieu (tels des spectateurs) et dans laquelle les échanges sociaux sont assez réduits. Ensuite, la **bande** qui se compose d'un nombre plus réduit d'individus, est peu structurée mais marquée par la recherche du semblable chez les membres qui la composent. Elle concerne surtout des adolescents¹⁶³¹. Le **groupement** quant à lui, comporte un nombre de participants variable qui entretiennent des relations impersonnelles, visant à la réalisation de certains objectifs¹⁶³². Le petit groupe enfin, ou **groupe restreint**, est plus ou moins structuré. Il se compose d'un petit nombre de personnes qui ont des contacts personnels plus ou moins réguliers.

¹⁶²⁸M. E. SHAW, *Group dynamics, The psychology of small group behavior*, 1971, op. cit., pp. 414 et s.

¹⁶²⁹V. J. BOUCHET, O. CHANTON, V. KRELL, C. MAZE, F. RIC, G. RICHARD, *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, Paris : Bréal, 1996, t. 1, p. 35.

¹⁶³⁰R. GASSIN, *Criminologie*, Paris : Dalloz, 4^{ème} éd., 1998, n° 647.

¹⁶³¹V. notamment, M. FIZE, *Les bandes, L'« entre soi » adolescent*, Paris : Desclée de Brouwer, 1993, p. 62, pour qui « la bande présente une organisation extrêmement lâche. Hormis un petit noyau de quelques personnes pouvant assumer, à l'occasion, certaines tâches, le regroupement n'a pas de structure particulière, ce qui peut expliquer que l'autorité y soit fluctuante, partielle et éphémère. Ce qui peut expliquer encore que sa durée de vie soit ou puisse être courte ».

¹⁶³²Le groupement se rapproche de la notion de groupe secondaire que l'on retrouve en psychologie sociale, distingué du groupe primaire. Ce dernier se compose d'un petit nombre de personnes entretenant des relations intimes et régulières, tel que l'entourage proche, familial ou amical. Il s'agit généralement d'un groupe restreint. Le groupe secondaire est constitué d'un nombre de personnes plus important, entretenant entre elles des relations plus sporadiques et qui participent à des buts et des actions communes, tels que les associations ou clubs, appelés parfois groupements.

863. ***L'imitation dans un groupe restreint d'individus.*** C'est aux groupes qui permettent des relations personnelles entre leurs membres que nous nous intéresserons dans ce premier chapitre. Il peut s'agir d'une bande, unie par la recherche du semblable, mais surtout d'un **groupe restreint**. Ils ont la particularité de ne compter qu'un nombre réduit d'individus, à la différence des autres groupes, et en particulier la foule que nous aborderons dans le chapitre suivant.

Le groupe restreint exerce une influence sur chacun de ses membres et l'imitation mutuelle joue un rôle majeur dans la dynamique du groupe. L'imitation y est décrite comme un comportement qui détermine et organise l'interaction des membres du groupe (I). Elle est également un fait social que l'on retrouve dans le groupe délinquant ou criminel (II). Aussi, le concept de mimésis sociale permet de concevoir l'imitation comme l'expression comportementale d'un agir mimétique auquel tous les membres du groupe participent (III).

I. L'imitation réciproque et interactive entre les membres d'un groupe restreint

864. ***Imitation et psychologie sociale.*** L'imitation est un phénomène de groupe bien connu de la psychologie sociale. Comprise comme un comportement de participation à la dynamique groupale, elle permet d'expliquer l'influence mutuelle et constante des membres d'un groupe. Ainsi, dès la fin du XIX^{ème} siècle, des psychosociologues ont mis en évidence des phénomènes de facilitation sociale entre les individus, dans lesquels l'imitation joue un rôle non négligeable.

865. ***Facilitation sociale par imitation en groupe.*** A la suite de TRIPLET pour les comportements physiques¹⁶³³, ALLPORT a démontré que les performances intellectuelles des individus sont meilleures lorsqu'ils sont placés en situation de « co-action », c'est-à-dire lorsqu'ils effectuent la même tâche individuellement mais en pouvant s'observer les uns les autres. L'auteur évoque un effet de rivalité et de compétition qui stimulerait la motivation, et la créativité¹⁶³⁴. C'est par imitation réciproque que le comportement s'améliore.

866. ***Facilitation ou inhibition sociale selon la qualité de l'imitation.*** Le groupe peut cependant avoir un effet inhibiteur, ce que ZAJONC a expliqué en remarquant que la facilitation

¹⁶³³V. notamment, N. TRIPLET, *The dynamogenic factors in pace making and competition*, *The American Journal of Psychology*, Vol. 9, n° 4, juillet 1898, pp. 507-533.

¹⁶³⁴V. F. H. ALLPORT, *The Influence of the Group Upon Association and Thought*. in *Small groups: studies in social interaction*, Ed. A. Paul Hare, Edgar F. Borgatta, Robert F. Bales, New York, 1962, p. 31 à 35.

de la réponse comportementale en termes de rapidité peut se réaliser au détriment de la qualité¹⁶³⁵. L'individu en groupe peut obtenir des résultats moins bons que s'il avait agi seul, d'où l'effet inhibiteur du groupe en termes d'efficacité de la réponse. On peut en déduire que le groupe favorise une imitation comportementale mais qui peut être approximative ou imparfaite.

867. **Intentionnalité de l'imitation comportementale en groupe.** D'autres auteurs ont souligné la volonté d'imitation des membres du groupe. Selon SHERIF et SHERIF, les groupes sont ceux « auxquels l'individu se rattache personnellement en tant que membre actuel ou auxquels il aspire à se rattacher psychologiquement ; ou, en d'autres termes, ceux auxquels il s'identifie ou désire s'identifier »¹⁶³⁶. Un processus important peut se produire dans un groupe : une représentation d'un modèle, physique ou imaginaire qui permet, par un processus d'identification, l'individualisation de chaque individu au regard de ses pairs et peut se traduire par une **imitation mutuelle selon le modèle commun**. Ainsi, l'imitation permet l'identification à autrui pour devenir soi-même. Comme le conçoit M. le Professeur Michel BORN, « c'est en développant l'autre en soi que l'on peut devenir soi-même : pour devenir différent de l'autre, il faut d'abord pouvoir lui être semblable. L'individu devient peu à peu semblable aux autres, prend à son compte les comportements et attitudes des autres »¹⁶³⁷. On imite les membres de son groupe pour devenir un parmi « eux » et former un « nous » mais surtout un « je ». Pour ZAJONC, l'imitation est une forme d'apprentissage social au cours duquel un sujet observateur apprend des actes ou une partie des actes en présence d'un comparse observateur¹⁶³⁸. Elle permet à la fois le développement cognitif de l'homme et sa socialisation. Elle est aussi un moyen d'influence à double sens : allant du modèle à l'imitateur mais également de l'imitateur au modèle¹⁶³⁹. On peut en déduire que lorsque des actes criminels sont commis par un groupe d'individus, *a fortiori* des actes similaires, il est indispensable de prendre en compte la responsabilité de chacun des protagonistes.

¹⁶³⁵V. R. B. ZAJONC, *Social facilitation*, Science, New Series, vol. 149, n° 3681, 16 juillet 1965, p. 269 à 274.

¹⁶³⁶V. M. SHERIF et C. W. SHERIF, *An outline of social psychology*, Oxford, England: Harper & Bros., 1956, p. 175.

¹⁶³⁷M. BORN, *Psychologie de la délinquance*, Bruxelles : De Boeck, 2005, p. 171.

¹⁶³⁸R. B. ZAJONC, *Social facilitation*, op. cit., p. 272.

¹⁶³⁹THELEN, DOLLINGER et ROBERTS en 1975 ont étudié le comportement d'imitation dans une expérience réalisée entre des enfants et des adultes (rapportée par J. NADEL qui se demande si être imité ne modifierait pas les attitudes du modèle vis-à-vis de celui qui l'imité). Ils ont pu observer que les imitateurs étaient préférés aux non-imitateurs. Ainsi imiter augmente-il *a priori* l'attraction du modèle envers l'imitateur. V. J. NADEL, *Imiter pour grandir, Développement du bébé et de l'enfant avec autisme*, Paris : Dunod, 1^{ère} éd., 2011, pp. 73 à 74.

868. **Réciprocité de l'imitation en groupe.** Mme le Professeur Jacqueline NADEL considère qu'il est possible de distinguer **l'imitation immédiate, décalée et différée**¹⁶⁴⁰. La première consiste à agir comme et simultanément avec le modèle, la seconde comme lui avec un léger retard, et la troisième comme lui mais bien après et en son absence. L'imitation immédiate a pour finalité la communication entre les deux protagonistes. Il s'agit d'une relation directe qui modifie la position de chacun à chaque interaction : le modèle peut devenir le mime dans sa réponse à son interlocuteur devenu lui-même le modèle¹⁶⁴¹. Ainsi peut-on considérer que s'il existe au départ un modèle et un mime bien différenciés, par le jeu des interactions, l'imitation devient réciproque et tous deux sont à la fois mime et modèle. Le rapport hiérarchique qui a pu exister au début de l'interaction tend à disparaître dans le phénomène imitatif immédiat. En revanche, dans les deux autres formes d'imitation, décalée et différée, l'imitation n'est pas synchrone avec le comportement du modèle. La mémorisation de l'action modèle est nécessaire et le but ici n'est pas la communication mais l'apprentissage de l'action. Le modèle garde toujours son statut de démonstrateur et le mime reste l'apprenant.

869. **Imitation horizontale, « co-action » et confusion.** Au regard des travaux précédemment cités, la distinction formulée par le Professeur Jacqueline NADEL n'est pas négligeable pour comprendre les phénomènes d'imitation en groupe. Car elle confirme que **l'imitation immédiate en jeu dans les interactions groupales est également réciproque**, en mettant l'accent sur la **difficulté éventuelle d'individualiser les actes imitatifs dans un groupe**. En effet, lorsque l'imitation est décalée, il paraît relativement facile de comprendre qui est modèle et qui est imitateur puisqu'un laps de temps, perceptible aux yeux d'un observateur, sépare le comportement modèle et sa reproduction. En revanche, lors d'une séquence d'imitation immédiate il paraît plus délicat pour le public de différencier à chaque interaction le rôle de chacun des protagonistes. Seuls ces derniers peuvent en avoir conscience. La difficulté s'accroît lorsque l'imitation est différée puisque seul le mime est apparent et donne l'illusion d'être à l'origine de l'acte imité.

L'imitation immédiate ou décalée s'observe donc particulièrement dans les situations de co-action au sens que lui donne la psychologie sociale, à savoir lorsque les individus effectuent

¹⁶⁴⁰J. NADEL, id., p. 23. Si la psychologue décrit ces modes d'imitation pour expliquer les processus de développement psychologique à partir de l'observation d'enfants, rien ne s'oppose, selon nous, à leur transposition aux situations concernant des adultes.

¹⁶⁴¹Ibid. L'auteur ne nie pas que le modèle peut lui-même apprendre en retour.

une même tâche. Face à des comportements identiques ou similaires, il est difficile voire impossible de distinguer des actes de « faire pareil sans chercher à imiter » - renvoyant à une simple répétition fortuite – et des imitations qui supposent la volonté d'un imitateur de reproduire l'acte d'autrui. Et ceci d'autant plus que les membres d'un groupe peuvent s'imiter mutuellement au point de voir le rôle de chacun alterner si rapidement qu'ils se confondent à l'observation. C'est pourquoi il nous semble opportun de parler d'imitation horizontale dans les groupes, lorsqu'elle produit une confusion apparente entre modèles et imitateurs.

870. ***Pour conclure sur l'imitation dans les interactions sociales.*** Observés chez l'enfant comme chez l'adulte, ces apports de la psychologie sociale soulignent que l'influence mutuelle en groupe s'exerce au cours d'interactions qui elles-mêmes relèvent souvent de comportements d'imitation. L'intégration et l'appartenance à un groupe donné suppose une **intention d'imiter**. Car la co-action (dans une même activité) qui ne s'effectue pas dans un climat de compétition mais dans la poursuite d'un même objectif, a un effet de facilitation sociale pour tous les membres du groupe. L'imitation remplit alors une fonction double de communication et d'apprentissage.

Deux points nous semblent alors importants à retenir. D'une part, le groupe favorise une **imitation plurilatérale horizontale** par la volonté de ses membres d'acquérir des modèles de comportements mais aussi, selon les auteurs¹⁶⁴², des attitudes et des valeurs communes. L'imitation comportementale renvoie à des représentations mentales pour permettre une « identification à autrui ». Tous les membres du groupe tendent à devenir semblables et forment une seule entité, un « nous » qui peut prêter à confusion lorsque l'on observe les actions du groupe dans un temps donné.

D'autre part, c'est ce même comportement qui permet à l'individu de s'individualiser. Lorsque les auteurs évoquent la possibilité de n'imiter « qu'une partie des actes » ou que l'imitateur devienne à son tour un modèle, ils soulignent que l'imitation en groupe n'est pas un simple décalque des comportements mais que l'individu peut enlever ou ajouter certains détails dans sa reproduction de l'acte modèle, qu'un autre pourra vouloir à son tour imiter. Et cette caractéristique de l'imitation plurilatérale est également mise en évidence par les criminologues lorsqu'ils s'intéressent à la genèse de la délinquance.

¹⁶⁴²V. *supra* n° 40.

II. L'imitation dans le groupe criminel : un fait social

871. ***Le rôle de l'imitation en criminologie.*** La criminologie considère le groupe comme un facteur favorisant la délinquance. Certaines théories et écoles criminologiques ont à cet égard largement insisté sur le rôle de l'imitation dans l'élaboration du phénomène criminel. Opposée à l'école positiviste italienne fondée par LOMBROSO¹⁶⁴³, qui voit dans les facteurs biologiques et mentaux une explication fondamentale du crime, l'école du milieu social considère, au contraire, que la société joue un rôle prépondérant dans la formation du criminel. Sans nier le facteur individuel¹⁶⁴⁴, elle place le facteur social en première ligne¹⁶⁴⁵.

872. ***L'imitation dans la genèse du fait criminel.*** TARDE, à qui l'on attribue la naissance de l'école de l'interpsychologie, a rattaché principalement la délinquance au milieu¹⁶⁴⁶. Selon lui, l'homme ne naît pas criminel puisque le crime évoluant selon les pays et les époques, l'individu est influencé par les croyances et coutumes de son milieu¹⁶⁴⁷. Partant du principe que les rapports sociaux sont d'abord des rapports interindividuels¹⁶⁴⁸, TARDE a beaucoup étudié le criminel professionnel. Pour lui, si l'individu évolue dans un milieu consacré au crime, il est probable qu'à son tour il devienne criminel et l'imitation constitue le facteur essentiel de la délinquance car « tous les actes importants de la vie sociale sont exécutés sous l'empire de l'exemple »¹⁶⁴⁹. Il la décrit comme « une action à distance d'un esprit sur un autre, et une action qui consiste dans une reproduction quasi-photographique d'un cliché cérébral par la plaque

¹⁶⁴³C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, trad. française de la 5^{ème} éd. italienne, 2 vol., Paris : Alcan, 1895. Cet auteur a élaboré une classification des types criminels dans laquelle on compte le « criminel né ».

¹⁶⁴⁴A. QUETELET, *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou Essai de physique sociale*, évoquait des « penchants au crime ». TARDE parlait pour sa part de « type criminel » (G. TARDE, *Le type criminel*, Revue d'Histoire des Sciences Humaines, vol. n° 3, n° 2, 2000, pp. 89-116).

¹⁶⁴⁵V. notamment sur ces points D. SZABO, *Nature et Culture, L'inné et l'acquis, quelques considérations sur la réactualisation du débat et ses incidences sur la criminologie*, L'année sociologique, 1985, pp. 233-271 ; M. ADDAD, BENEZECH, BIOULAC, BOURGEOIS, *Approche intégrative du comportement violent*, R.I.C.P.T. 1982 pp. 57-76 ; J. RUFFIE, *L'inné et l'acquis*, Commentaire, 1996, n° 74, p. 408.

¹⁶⁴⁶V. G. TARDE, *La Philosophie pénale*, Etudes pénales et sociales, Paris : Éditions Cujas, 1972.

¹⁶⁴⁷V. G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Réimpression : Paris : Éditions Kimé, 1993.

¹⁶⁴⁸DURKHEIM, en formant l'école sociologique, se démarquera de Tarde par sa conception comtienne du positivisme empirique qui s'oppose à l'idéalisme épistémologique. Pour cet auteur, Tarde développe une théorie fondée sur des éléments hasardeux et de probabilité. Or Durkheim veut dissocier l'individuel du collectif et le psychologique du social. Pour lui, il explique dans Les règles de la méthode sociologique, qu'il faut considérer les « faits sociaux comme des choses ». V. sur ce point Ian LUBEK, trad. Erika APFELBAUM, *Histoire de psychologies sociales perdues. Le cas de Gabriel Tarde*, Revue française de sociologie, 1981, Vol. 22, n°3 pp. 361-395.

¹⁶⁴⁹G. TARDE, *La Philosophie pénale*, op. cit., p. 319.

sensible d'un autre cerveau »¹⁶⁵⁰. Plus généralement, elle est « le procédé psychologique par lequel les idées se répètent et se propagent dans le monde social »¹⁶⁵¹. Formulant la théorie des lois de l'imitation, TARDE considère que les « hommes s'imitent d'autant plus qu'ils sont plus rapprochés ; le supérieur est plus imité par l'inférieur que celui-ci n'est imité par celui-là »¹⁶⁵². Les modes jouent un rôle important dans le choix des imitations et lorsque deux modèles sont incompatibles, la mode la plus récente chasse l'ancienne. TARDE n'exclut pas pour autant le choix individuel, et donc la responsabilité personnelle. L'imitation régissant les rapports interindividuels, l'individu membre d'un groupe est nécessairement influencé. Si son groupe admet le crime pour coutume, il sera amené à reproduire des actes criminels. Le groupe a donc globalement une influence sur la personnalité délinquante par le biais de l'imitation, que TARDE décrit comme un procédé psychologique qui peut conduire à la reproduction de comportements.

873. *L'apprentissage du crime par associations différentielles.* Une partie de la science criminelle moderne du XX^{ème} siècle a par la suite repris certains points développés par TARDE¹⁶⁵³. S'opposant à des conceptions qui mettent l'accent sur les facteurs biologiques héréditaires et qui règnent encore à l'époque, émerge la théorie dite « des associations différentielles ». Son chef de fil, SUTHERLAND, accorde un rôle important au groupe¹⁶⁵⁴ et s'inspire des lois de l'imitation de TARDE¹⁶⁵⁵ pour décrire la manière dont les individus deviennent criminels. Selon lui, le comportement déviant n'est pas héréditaire et l'individu ne devient criminel que s'il reçoit une formation en ce sens. *A contrario*, celui qui n'apprend pas le crime ne le commet pas. Si le groupe est un facteur déterminant dans la formation de la personnalité du délinquant¹⁶⁵⁶, il ne mène pas nécessairement à la délinquance. Car il

¹⁶⁵⁰G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Préface, 2^{ème} éd., mai 1895, p. 13.

¹⁶⁵¹G. TARDE, cité par Ian LUBEK, op. cit., p. 365.

¹⁶⁵²G. TARDE, *La Philosophie pénale*, op. cit., p. 28.

¹⁶⁵³V. notamment E. H. SUTHERLAND, *Principes de criminologie*, version française établie sur le texte de la sixième édition de *Principles of criminology*, par la section de droit pénal et de sciences criminelles de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Paris : Cujas, 1966, pp. 85-90 ; R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, 3^{ème} éd., n° 218 s. ; G. OLLENDORF et O. RUTHART, *Les infractions de masse. Quelles interprétations ?*, C.S.I. 1996 n° 23-33.

¹⁶⁵⁴Au départ appliquée au crime en col blanc, SUTHERLAND a finalement élargi sa théorie à tout comportement délictueux en exposant une conception génétique du comportement criminel.

¹⁶⁵⁵Mais on peut citer également une influence de Charles H. COOLEY qui considérait la personnalité comme un *looking-glass self* : l'individu se construit mentalement, apprend un rôle, dans le regard de l'autre. De plus, Sutherland présente certaines divergences avec TARDE, par exemple lorsqu'il considère que les moyens de communication impersonnels comme les journaux ou le cinéma jouent un rôle peu important dans la genèse du comportement criminel. V. E. H. SUTHERLAND, *Principes de criminologie*, op. cit., p. 88. (V. également P. MORVAN, *Criminologie*, Paris : LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015, p. 90 et s.).

¹⁶⁵⁶E. H. SUTHERLAND, id., p. 88 ; V. aussi, pour une approche empirique de l'influence du groupe E. H.

« peut- être organisé, soit de façon à favoriser l'éclosion du comportement criminel, soit de façon à s'y opposer »¹⁶⁵⁷. Pour SUTHERLAND, les deux comportements, criminels ou non criminels, possèdent beaucoup de points communs et doivent être compris et expliqués dans le cadre général du comportement humain. Car l'acte criminel peut être l'expression des mêmes besoins et valeurs qu'un comportement non criminel. Il cite l'exemple du voleur qui dérobe de l'argent et de l'honnête homme qui travaille pour le même motif (subvenir à leurs besoins).

L'origine du comportement criminel ne réside donc pas dans l'objectif poursuivi.

Comme tout comportement humain, il est « appris au contact d'autres personnes par un processus de communication »¹⁶⁵⁸ et s'apprend davantage dans un groupe restreint. La communication groupale, verbale ou non, peut donner le crime en exemple, exposer les différentes techniques et mobiles pour la commission d'infractions, mais également transmettre la volonté de nuire. Plus exactement, se créent entre les différents membres du groupe criminel, des « rapports différentiels » confrontant les conceptions, opinions ou jugements pour ou contre la violation de la loi. Et l'individu devient délinquant « lorsque les interprétations défavorables au respect de la loi l'emportent sur les interprétations favorables »¹⁶⁵⁹. Ce que l'auteur nomme le « principe de l'association différentielle » s'applique donc également aux groupes non criminels.

874. ***Imitation, groupe et relation modèle/mime.*** L'association différentielle n'a pas la même intensité ni la même durée selon le groupe considéré. M. Le Professeur Patrick MORVAN précise que selon SUTHERLAND, « l'association différentielle requiert une communication interpersonnelle. Et le processus d'association différentielle est accentué par le prestige du modèle qui joue un rôle normatif des définitions. Il varie selon la fréquence, la durée, l'intensité de l'exposition à ce modèle et aussi selon les affinités que manifeste l'individu à l'égard des valeurs auxquelles il est exposé. La balance penche du bon ou du mauvais côté à partir du moment où les tiers incarnant le modèle (parents, professeurs, amis, etc.) ont une influence significative dans la vie du sujet. Un enfant élevé dans un environnement à certains égards désastreux peut ne jamais basculer dans la délinquance »¹⁶⁶⁰. Pour SUTHERLAND, « la

SUTHERLAND, *Le voleur professionnel. D'après le récit d'un voleur de profession*, Traduit par G. SERVE, Paris : SPES, 1937.

¹⁶⁵⁷E. H. SUTHERLAND, op. cit., p. 90.

¹⁶⁵⁸E. H. SUTHERLAND, id., p. 88.

¹⁶⁵⁹E. H. SUTHERLAND, id., p. 89.

¹⁶⁶⁰P. MORVAN, *Criminologie*, op. cit., p. 90, n°85. Pour l'auteur, « au total, ce qui est déterminant d'une délinquance donnée est l'association ou non du sujet au groupe criminel qui la pratique, la balance des définitions penchant alors en faveur de la transgression de la loi. Sont secondaires les valeurs morales cultivées

formation criminelle ne s'acquiert pas seulement par l'imitation. Celui qui est attiré, par exemple, apprend le comportement criminel par association, mais ce processus ne saurait normalement être décrit comme un processus d'imitation »¹⁶⁶¹. Nous comprenons ici que l'association différentielle renvoie à une influence complexe, qui ne se réduit pas à l'imitation passive d'attitudes délinquantes. L'individu est certes baigné des valeurs du groupe, mais son imitation d'un modèle offert par son environnement social est subordonnée à la relation qu'il entretient personnellement avec les membres du groupe. En ce sens, le groupe peut favoriser la délinquance mais l'apprentissage du crime s'inscrit dans une relation interpersonnelle modèle-mime/imitateur.

875. ***Imitation et groupes de référence.*** Les travaux de SUTHERLAND ont été approfondis et enrichis par différents auteurs dont AKERS¹⁶⁶² ou encore CLARK qui a tenté d'élaborer la théorie des groupes de référence dont la théorie de l'association différentielle ne serait qu'un cas particulier¹⁶⁶³. Selon cet auteur, un groupe de référence est l'ensemble des personnes réelles ou imaginaires auxquelles un sujet se réfère, soit pour se comparer à elles et porter un jugement sur soi, soit pour chercher à être accepté et faire partie du groupe, soit encore pour en adopter la perspective et la manière de définir les situations sociales. Cette définition s'applique selon lui à tous les groupes sociaux. Dans le groupe criminel, il existe un phénomène d'identification de l'individu avec des personnes réelles ou des personnages imaginaires dont le comportement criminel est acceptable. CLARK, à la différence de SUTHERLAND, attribue une place essentielle aux choix exercés par l'individu pour l'adoption de modèles de référence. Certes, le sujet est inclus par les circonstances dans certains groupes d'appartenance (famille, groupe scolaire, etc.) mais il peut aussi choisir ses groupes de référence. Dans ce sens, la tendance à la délinquance peut préexister à l'intégration dans le groupe criminel.

876. ***Pour conclure sur l'imitation et la criminologie.*** Ces différents apports théoriques soulignent et nuancent le rôle de l'imitation dans les groupes sociaux. Le groupe criminel est un facteur favorisant la personnalité délictueuse, parce que ses membres peuvent être amenés à imiter un modèle déviant, qu'il soit concrètement représenté dans le groupe ou plus abstrait,

personnellement par ces délinquants comme leurs profils psychologiques, biologique ou sociologique ».

¹⁶⁶¹E. H. SUTHERLAND, *Principes de criminologie*, op. cit., p. 89.

¹⁶⁶²V. R. L. AKERS et al., *Social learning and deviant behavior : a specific test of a general theory*, American sociological review, 1979, vol. 44, n° 4, p. 635-655. L'auteur développe une théorie de l'apprentissage social. Il l'a notamment appliqué à l'usage de drogue et d'alcool par les adolescents.

¹⁶⁶³R. E. CLARK, *Reference group theory and delinquency*, New York : Behavioral Publications, 1972.

correspondant plus largement à un comportement référentiel contraire à la loi. Le groupe ne crée pas nécessairement la personnalité délinquante puisque des tendances à la criminalité peuvent préexister à l'adoption de comportements déviants. **L'imitation n'est donc pas un processus exclusif du fait criminel. Celui-ci admet une part du libre arbitre individuel qui s'exerce dans le choix du ou des groupes de référence.** De plus l'imitation, au sein même du groupe, s'inscrit toujours dans des relations interpersonnelles et peut varier suivant l'intensité des rapports existants entre le(s) modèle(s) et le(s) mime(s).

Cette conception de l'imitation décrit, selon nous, davantage un fait social qu'un comportement. Qu'elle soit conçue comme « un processus psychologique » ou résultant d'« associations différentielles », l'imitation en groupe relève d'un phénomène plus complexe que la simple reproduction d'un acte. **Il s'agit plutôt de la tendance à « agir comme » ou bien « agir selon » telle ou telle valeur ou modèle de comportement.** En cela, l'imitation rejoint davantage le processus d'identification au sens psychologique ou la notion de **mimesis** développée par les philosophes et d'autres auteurs, en particulier ceux qui différencient mimesis et imitation tout en précisant leur relation étroite. Pour concevoir l'imitation plurilatérale, il nous semble donc important de revenir sur la notion de mimésis sociale, particulièrement à l'œuvre dans les groupes sociaux.

III. L'imitation en groupe comme expression comportementale de la mimésis sociale

877. *Mimésis sociale et groupes asociaux.* MM. les Professeurs Gunter GEBAUER et Christoph WULF ont introduit la notion de mimésis sociale pour expliquer comment les hommes, les institutions sociales et les cultures transmettent leur vision du monde, leurs valeurs et leurs savoir-faire grâce à des processus mimétiques. Leurs travaux sur les rituels démontrent l'importance des phénomènes mimétiques en jeu dans les groupes, notamment les groupes d'appartenance. L'imitation étant, pour ces auteurs, un cas particulier de mimésis, certaines de leurs conceptions, qui rejoignent et prolongent les enseignements des philosophes classiques, présentent un intérêt certain pour l'analyse de l'imitation plurilatérale dans les groupes asociaux.

878. *La mimésis comme processus social et socialisant.* Les aptitudes mimétiques propres à l'humain lui permettent très précocement de « prendre part aux mises en scène des pratiques et des savoir-faire du groupe social au sein duquel il vit... [Elles] renvoient à l'importance, centrale

dans le développement du jeune enfant, des modèles dans l'apprentissage »¹⁶⁶⁴. La mimésis est d'abord un moyen d'assimiler des images, des sensations, des modèles de comportement par lequel l'individu crée sa propre vision du monde et de soi à partir d'un monde déjà construit, cette représentation évoluant tout au long de son existence au gré de ses expériences mimétiques¹⁶⁶⁵. Par sa participation à des séquences de vie ritualisées dans les institutions sociales telles que la famille, l'école ou l'entreprise, l'individu acquiert des savoirs pratiques, « savoir d'*habitus* » ou « savoir agissant »¹⁶⁶⁶ qui le rendent apte à se comporter de façon acceptable en toutes circonstances. Certains rituels sont communs à toute une société, d'autres sont caractéristiques d'un groupe social donné et signent l'appartenance de l'individu à ce groupe¹⁶⁶⁷. La mimésis sociale « peut également se rapporter à des idées ou à des groupes de représentations, fruits de l'art, de la poésie, de la science »¹⁶⁶⁸. Rejoignant les philosophes classiques, M. le Professeur Christoph WULF précise que la référence d'un agir mimétique peut être un agir social réel, par exemple un rituel, mais aussi « un agir social imaginaire, des figures, des images »¹⁶⁶⁹ et qu'« on peut donc parler de mimésis sociale si l'agir mimétique se réfère à des situations, des genres d'activités ou des modes de comportement réels ou imaginaires, mis en forme par les voies de la littérature ou de l'art »¹⁶⁷⁰.

879. La mimésis sociale non-réduite à un comportement. La mimésis sociale passe par le corps mais ne peut se réduire à un comportement. La notion de mimésis sociale permet de **conceptualiser l'imitation comportementale** non comme un équivalent de la mimésis mais comme un **cas particulier de mimétisme**. Certes les phénomènes mimétiques mettent en jeu le corps et des comportements mais ils associent tous les sens et également la mémoire. Selon M. le Professeur WULF, ils s'observent au cours des interactions humaines et conduisent l'individu à « prendre part à la vie d'autres hommes », en assimilant un savoir pratique basé sur des actions humaines, des attitudes corporelles codifiées, « des mouvements du corps définis

¹⁶⁶⁴C. WULF, *Mimesis et apprentissage culturel*, Le Télémaque, 2014/1, n° 45, p. 124.

¹⁶⁶⁵Par exemple, c'est par mimétisme que le garçon, l'adolescent puis l'homme, au contact d'autres hommes, apprend, ou n'adhère pas, à avoir des attitudes corporelles, des comportements mais aussi un mode de pensée propre à « la masculinité ».

¹⁶⁶⁶C. WULF, *Mimesis et Rituel*, Hermes, La revue, 1998/1, n° 22, p. 154.

¹⁶⁶⁷L'auteur donne en exemple les bandes d'adolescents qui adoptent des gestes, attitudes, comportements, voire des apparences communes comme un tatouage, dans la recherche du semblable mais aussi pour se démarquer des autres.

¹⁶⁶⁸Ibid.

¹⁶⁶⁹Ibid.

¹⁶⁷⁰Ibid.

par des normes »¹⁶⁷¹. Ce sont des « séquences d'actions exprimées par le corps » qui sont perçues par les sens et mémorisées par l'actant de la mimésis. Ces séquences viennent enrichir son monde intérieur par des représentations d'images, de sons, de mouvements - « des modes de comportements et des réactions ». Elles pourront alors être rappelées, « activées » dans d'autres contextes et servir de référence à l'individu pour adopter des attitudes et des comportements en adéquation avec les circonstances, « à des fins de mises en scène de la vie »¹⁶⁷². De cette description des phénomènes mimétiques nous pouvons retenir deux caractéristiques importantes pour la compréhension des processus d'imitation en groupe.

880. *L'imitation plurilatérale, plus qu'une reproduction à l'identique d'un comportement apparent.* Parce qu'elle procède de la mimésis, l'imitation d'un autre individu est d'abord un acte corporel et correspond au fait de mimer ses gestes, ses attitudes, ses mouvements, etc. L'imitation, ajoute M. le Professeur Denis JEFFREY, « déborde cette simple possibilité de devenir semblable à l'autre du fait que la personne imitée n'est pas entièrement transparente, est habitée par un univers symbolique qui ne peut être capté et réduit à une seule image »¹⁶⁷³. L'imitation est donc toujours **l'enjeu d'une interprétation**, d'une tentative pour reproduire des émotions derrière le geste et des intentions derrière ces émotions¹⁶⁷⁴. Si l'on conçoit l'imitation comportementale comme l'expression ou l'élément apparent d'un processus mimétique, on doit donc admettre qu'elle n'est pas tant une pure reproduction à l'identique et qu'elle peut comporter des erreurs ou des soustractions, des ajouts et des transformations. C'est pourquoi l'auteur peut affirmer que « **dans l'action mimétique, l'imitateur ajoute quelque chose des autres à ce qui lui est propre** »¹⁶⁷⁵.

881. *L'existence d'un agir mimétique horizontal.* L'agir social peut renvoyer à un agir mimétique « horizontal » entre des individus participant à une même scène. Selon M. le Professeur Christoph WULF, « l'agir et le comportement mimétiques sont particulièrement attirés par les rituels et les ritualisations du social »¹⁶⁷⁶ parce que ces pratiques donnent lieu à

¹⁶⁷¹C. Wulf, *Mimesis et Rituel*, op. cit., p. 153.

¹⁶⁷²Ibid.

¹⁶⁷³D. JEFFREY, *Mimesis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter GEBAUER et Christoph WULF*, *Théâtralité et société : positions de la sociologie*, Cahier de recherche sociologique, n° 51, automne 2011, p. 34.

¹⁶⁷⁴Ibid.

¹⁶⁷⁵Ibid.

¹⁶⁷⁶C. WULF, *Mimesis et Rituel*, op. cit., p. 154.

une « théâtralisation » du social, « figuré comme sur une scène »¹⁶⁷⁷. C'est-à-dire que tous les acteurs du rituel participent à une même scène où le rôle de chacun est établi en rapport à des théâtralisations rituelles antérieures et en référence aux autres participants à la scène. C'est donc par l'étude des rituels que l'auteur démontre que l'agir social procède d'un savoir pratique et mimétique, au cours de « mises en scènes » où les actants entretiennent entre eux des rapports mimétiques. Il précise qu'il pourrait « montrer la même chose à propos des jeux et des gestes »¹⁶⁷⁸ et il nous semble donc que ces enseignements peuvent être appliqués à la compréhension de ce qui se passe lorsque les membres d'un groupe participent à une activité commune.

L'auteur qualifie de mimétiques les actions sociales qui présentent trois conditions : Elles sont inscrites dans une « représentation ou mises en scène des corps ». Elles « se réfèrent en tant que mouvement à d'autres mouvements ». « Il s'agit d'actions autonomes qui se comprennent d'elles-mêmes et peuvent se référer à d'autres actions ou d'autres mondes »¹⁶⁷⁹.

M. le Professeur WULF donne un exemple de la vie courante qui lui permet de préciser ces caractéristiques, celui d'un homme qui offre un cadeau à sa femme pour son anniversaire. De la recherche du cadeau personnalisé à la mise en scène de l'offrande, les deux participants entretiennent un rapport mimétique qui contribue à la réussite de l'événement. En premier lieu, ils ont un savoir commun sur l'importance du choix d'un cadeau adapté et sur la manière appropriée de l'offrir. Ce savoir a été acquis par leur propre participation à des scènes d'anniversaire mais aussi en référence à leurs lectures, à des scènes de films, etc. Ils partagent **la même intention** d'organiser une petite fête et **coordonnent leurs actions** pour « se mettre en scène l'un par rapport à l'autre » (elle attend, avant d'entrer dans la pièce qu'il ait allumé les bougies, ouvert le champagne, etc.). « Tous deux savent ce qui se joue, ce qu'ils ont à faire, comment ils doivent se conduire l'un par rapport à l'autre »¹⁶⁸⁰. La fête d'anniversaire est réussie parce que tout en ressemblant à d'autres fêtes d'anniversaire, elle a donné lieu à des expressions émotionnelles et comportementales différentes, incarnées par les deux participants, dans une « mise en scène qui leur est propre ». Cet exemple, s'il ne correspond en rien à une scène illicite, nous semble riche d'enseignement pour comprendre un **agir mimétique « horizontal »** entre des personnes que ne relie aucun rapport de hiérarchie, et qui évoluent donc bien en référence mutuelle les unes aux autres.

¹⁶⁷⁷Ibid.

¹⁶⁷⁸C. WULF, *Mimesis et apprentissage culturel*, op. cit., p. 131.

¹⁶⁷⁹Ibid.

¹⁶⁸⁰C. WULF, id., p. 133.

882. *Les caractéristiques d'un agir social mimétique.* L'exemple des rituels permet à l'auteur de dégager **les éléments constitutifs et révélateurs d'un rapport mimétique entre les participants d'un agir social mimétique**, qui plus est, **horizontal**, que nous retiendrons par la suite pour notre analyse de certains actes antisociaux. Le premier est « un savoir commun concernant l'arrière-plan culturel et social » - le sens du rituel, comment il se déroule - que nous comprenons comme la **capacité des actants d'avoir une représentation commune de la scène à laquelle ils participent**. Le deuxième élément de l'agir mimétique est « **une intentionnalité communément partagée** conduisant les deux personnes à agir en « **se référant à l'autre de façon complémentaire** »¹⁶⁸¹. Le dernier élément, dont dépend le résultat de l'agir mimétique, est « une **coopération mutuelle** » entre les actants qui conduit à un « **renforcement de leur relation** ». Nous comprenons ici que la détermination commune à aboutir à la réussite du projet commun pousse les actants de la mimésis à coopérer, c'est-à-dire s'entraider, ce qui a pour conséquence de renforcer le lien social les unissant.

Référence à une représentation commune de la scène mimétique, intentionnalité commune, et coopération d'agissements complémentaires et équivalents, tournés vers la détermination commune à obtenir un résultat semblent donc constituer les trois critères d'un agir social mimétique.

883. *Agir social mimétique, modèle de comportement et imitation.* Pour le Professeur Christoph WULF, « partout où nous agissons en référence à une pratique sociale existante, produisant ainsi nous même une pratique sociale, il s'instaure entre les deux actions un rapport de mimétisme »¹⁶⁸². C'est à dire que l'actant d'un agir mimétique se comporte « selon un modèle social » en « exprimant par le corps une représentation sociale ». L'auteur précise qu'il ne s'agit pas seulement d'imitation car « les actions mimétiques ne sont pas de simples reproductions obéissant exactement à un modèle donné »¹⁶⁸³. Chacun des actants de l'agir social s'approprie son rôle et introduit dans son comportement des ressemblances et des différences par rapport aux situations, aux personnes ou aux personnages auxquels il se réfère. Nous comprenons par là que **dans une scène d'agir mimétique, les actants coopèrent pour reproduire des comportements mais en les interprétant et en les coordonnant les uns aux autres.** « Il se

¹⁶⁸¹C. WULF, *Mimesis et apprentissage culturel*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁸²C. WULF, id., p. 134.

¹⁶⁸³Ibid.

produit ainsi dans les processus mimétiques une altération imitative des mondes antérieurs ainsi qu'un nouvel agencement de ceux-ci. C'est là le caractère d'innovation caractéristique des actes mimétiques »¹⁶⁸⁴. Quels que soient les actes, tournés vers la même détermination, ils viennent sceller l'entente du groupe.

884. ***Agir mimétique, libre arbitre et violence sociale.*** Les savoir-faire acquis par mimétisme restent la plupart du temps « semi-conscients »¹⁶⁸⁵, notamment lorsque la pratique sociale n'est pas remise en question. Ils deviennent par contre conscients « dans un contexte de conflit et de crise »¹⁶⁸⁶.

Dans ce cas l'individu, par référence mimétique, peut « accepter l'agir social précédent, le modifier, ou carrément le refuser »¹⁶⁸⁷. Le Professeur Christoph WULF souligne que « les actions chargées d'une forte intensité émotive semblent particulièrement aptes à susciter des processus mimétiques »¹⁶⁸⁸. Il cite le caractère contagieux du rire mais aussi de la violence, en quoi il rejoint la conception de GIRARD sur l'émergence de la violence sociale. Il rappelle que « l'appropriation mimétique d'attitudes et de formes d'agir entraîne des sentiments de concurrence et de rivalité entre l'imitateur et celui qui est imité, ce qui peut être source de violences »¹⁶⁸⁹. Dans les groupes sociaux d'appartenance notamment, le désir de tous de devenir semblables peut entrer en conflit avec celui de chacun de se différencier les uns les autres. « Cette situation paradoxale conduit à une augmentation du potentiel de violence sociale »¹⁶⁹⁰. Et GIRARD a montré que lors de crises mimétiques, la violence peut éclater et déborder les interdits et rituels mis en place pour l'endiguer. Pour surmonter la crise et éviter la destruction du groupe, il arrive que l'on désigne un « bouc émissaire »¹⁶⁹¹. Il peut s'agir, par exemple d'un pair qu'un groupe d'adolescent se met à harceler. Le Professeur WULF décrit bien la finalité du sacrifice rituel mis en place par mimétisme¹⁶⁹². Dans l'union d'une communauté soudée, il se développe une « mimésis d'adversaire », une alliance contre la victime déclarée comme ennemi. En règle générale, on choisit à l'unanimité quelqu'un qui ne sait pas se défendre et dont la mort

¹⁶⁸⁴C. Wulf, *Mimesis et apprentissage culturel*, op. cit., p. 136.

¹⁶⁸⁵Ibid.

¹⁶⁸⁶Ibid.

¹⁶⁸⁷C. Wulf, id., p. 135.

¹⁶⁸⁸C. Wulf, id. p. 130.

¹⁶⁸⁹Ibid.

¹⁶⁹⁰Ibid.

¹⁶⁹¹V. R. GIRARD, *Le bouc émissaire*, Paris : Librairie générale française, 1986 ; R. Girard, *La violence et le sacré*, Paris : Hachette, 1983.

¹⁶⁹²V. R. GIRARD, *La violence et le sacré*, op. cit.

n'entraînera pas de violences supplémentaires. Le sacrifice lui-même est un acte de violence : toutefois, on attend qu'il mette un terme à ce cercle mimétique de violence. Par cet acte, la communauté s'unit solidairement contre la victime et il semble qu'elle se libère d'une violence qui lui est inhérente »¹⁶⁹³. Nous comprenons ici que des agirs mimétiques antisociaux, et *a fortiori* violents, peuvent permettre de renforcer le sentiment d'appartenance et la cohésion de certains groupes car ils mettent en scène un « nous » contre autrui, dont la destruction scellera l'union des membres du groupe.

885. ***Pour conclure sur l'imitation et la mimésis sociale.*** Qu'elle soit décrite comme un comportement ou conçue comme un élément du processus beaucoup plus complexe de mimésis, l'imitation en groupe se présente d'emblée comme particulièrement propice à créer une méprise chez le public observateur d'un acte collectif. La multiplicité des modèles et des imitateurs, le jeu des interactions entre les participants qui peut entraîner une interchangeabilité et une confusion des rôles. Mais surtout l'agir social mimétique dans lequel le comportement imitatif de chacun peut n'être que l'élément apparent d'une mise en représentation d'un modèle de référence, contribuent à rendre délicate l'appréhension et l'analyse de l'imitation dans un groupe.

Lorsqu'il s'agit d'un acte criminel, surgira éventuellement la **question d'identifier le ou les incitateurs et les imitateurs**. On peut imaginer que s'ensuivront des **difficultés d'appréciation du degré de responsabilité de chaque protagoniste**, voire du risque de récidive. C'est la problématique générale de la **coaction pour des actes matériels similaires** que pose notamment en pénal la notion d'imitation plurilatérale horizontale ou plutôt de **mimésis sociale horizontale**.

Il reste à déterminer si le droit identifie de telles conduites imitatives ou mimétiques dans les situations de délit ou de crime collectif et comment il parvient à en organiser la répression.

¹⁶⁹³C. WULF, *Mimesis et apprentissage culturel*, op. cit., p. 130.

SECTION II : DROIT PENAL ET CRIMINALITE GROUPEALE : REPRESSION OU PREVENTION D'UNE IMITATION PLURILATERALE ILLECITE PAR MIMETISME HORIZONTAL

886. La notion de groupe en droit pénal est quelque peu différente de sa définition en psychologie sociale et en criminologie et elle doit donc être précisée.

887. *Groupes d'identité et groupes d'intérêt en droit pénal.* M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD explique comment l'homme, d'abord pris dans sa singularité d'être existant, est compris en droit comme un être conceptualisé selon des genres, des qualités... L'identité « universelle » prend alors « la dimension plus réduite des genres sur lesquels le droit peut s'établir »¹⁶⁹⁴. Par exemple, à la naissance, l'individu est compris en tant qu'être social et juridique en acquérant la personnalité juridique. Il est ainsi « référencé » en tant que titulaire de droits et d'obligations. Il sera ensuite entendu comme membre d'une nation – citoyen -, comme membre d'une famille, d'une ethnie, d'une culture, d'une religion, d'une profession, etc. Et c'est par son appartenance à un groupe de référence que le droit s'attachera à le protéger mais aussi à le sanctionner. M. le Professeur Edouard VERNY distingue notamment le « groupe d'identité » et le « groupe d'intérêt ». Le premier est davantage pris en compte pour être protégé, tel le groupe familial ou le groupe racial¹⁶⁹⁵. Le second est sanctionné si son intérêt est illicite.

¹⁶⁹⁴J.-M. TRIGEAUD, *Justice et tolérance*, Bordeaux : Bière, 1997, p. 122. Le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD souligne que « ce n'est qu'ensuite que l'identité, inévitablement isolée de la singularité à laquelle elle renvoie, est explicitée par la raison, est formulée à travers les concepts et prend la dimension plus réduite des genres sur lesquels le droit peut s'établir. L'identité « universelle » devient l'identique « générique », l'homme idéal et intellectif, l'homme conceptuel et rationnel, l'homme de la contemplation, l'homme de l'action : la personne en son irréductible singularité existentielle la personne comme rôle ou « masque », perçue sous le biais de qualités abstraites et catégorielles, à commencer par l'« humanité » elle-même pour en arriver par exemple à la citoyenneté ».

¹⁶⁹⁵V. E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris : LGDJ, 2002, p. 8 et s. L'auteur précise que « le droit pénal assure une protection spécifique à des groupes qui représentent pour leurs membres une véritable identité collective ». Il explique bien que le droit parfois va établir des rapports entre différents individus. Ainsi l'être humain est « référencé ». « La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 de même que la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 expriment cette protection internationale d'un irréductible humain commun à toute personne humaine ». D'autres textes peuvent être cités évoquant cette même idée d'une protection de l'individu selon son groupe d'appartenance, que ce soit en droit national, européen ou international. Le droit pénal positif protège ainsi tout homme contre toute discrimination selon son origine, son âge, son sexe, sa situation familiale, son handicap, etc. (Art. 225-5, alinéa 1, C. pén. et s.). On peut citer encore le droit civil qui protège le membre de la famille. Par exemple, en cas de dommage causé à un de ses proches, le juge civil peut admettre l'octroi de dommages-intérêts au titre d'un préjudice que l'on nomme d'affection, spécifique à la victime par ricochet. On trouve encore l'instauration par le législateur d'une impunité pour des infractions commises à l'intérieur d'une famille (Par ex. ART. 311-12 C. pén. : pas de vol si commis par une personne au préjudice de son ascendant ou descendant, conjoint, sauf pour les époux séparés de corps ou autorisés à résider séparément. Application dans le domaine patrimonial, comme abus de

888. *Groupes détournés ou créés à des fins criminelles en droit pénal*¹⁶⁹⁶. L'auteur admet toutefois que la distinction précédente demande à être nuancée dans la mesure où certains groupes n'ont pas, à l'origine, vocation à poursuivre un but illicite. On peut alors parler de « groupe détourné à des fins criminelles ». Selon les circonstances, certains groupes vont ainsi « se transformer en structures criminogènes »¹⁶⁹⁷. Ni objectif initial ni cause du rassemblement des individus, la commission d'infractions par le groupe n'est qu'occasionnelle. Sont notamment concernés, comme l'exprime M. le Professeur Edouard VERNY, le groupe familial et des groupes d'une étendue plus importante. Il peut s'agir par exemple des infractions commises par les membres d'une famille envers eux-mêmes ou contre d'autres individus ; ou bien le groupe criminel se compose de personnes physiques liées à l'origine par leur religion, leur race ou leur ethnie ou encore de personnes morales réunies en groupe de société.

Les textes qui sanctionnent de tels groupes ne visent pas la pluralité d'agents qui n'est donc pas un élément constitutif des infractions commises. De ce fait, nous ne nous intéresserons pas expressément à ces groupes. Sans nier que l'imitation puisse jouer un rôle dans les groupes d'identité détournés à des fins délictueuses, nous limiterons donc ici notre étude aux groupes créés, même simultanément, autour d'un intérêt criminel. Car dans ce dernier cas, **la pluralité doit nécessairement être prise en compte pour l'engagement de la responsabilité pénale.**

889. *Les infractions collectives ou commises collectivement.* Les situations criminelles impliquant plusieurs protagonistes ne sont cependant pas uniformes au regard du droit. Il est possible de différencier les textes d'incrimination qui exigent une pluralité d'auteurs pour caractériser l'infraction et ceux qui sanctionnent un comportement individuel pouvant être commis par plusieurs selon les circonstances.

DUPEYRON a proposé de distinguer l'infraction collective de celle commise collectivement¹⁶⁹⁸ : « cette dernière procède de l'intervention d'une pluralité d'agents pour

confiance ou encore chantage, escroquerie), voire une aggravation de la peine (ex du viol). C'est au droit que revient la tâche de défendre la famille. Ainsi le droit punit-il la vendetta. Car le droit pénal assure la protection de la communauté nationale. Aujourd'hui, il est effectivement question notamment en droit pénal, de protéger les intérêts de l'État et de la nation.

¹⁶⁹⁶La criminologie connaît également cette distinction. Elle compte parmi les groupes détournés à des fins criminelles notamment la foule et la bande. Et les groupes créés à des fins criminelles correspondent à la criminalité organisée.

¹⁶⁹⁷E. VERNY, op. cit., p. 299, n° 530.

¹⁶⁹⁸Cette distinction est aujourd'hui classique même si d'autres auteurs lui préfèrent des dénominations différentes, telles que l'infraction collective par nature et infraction collective par accident (F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 514 et s.), ou encore infraction collective par

commettre une infraction. Le délit collectif au contraire résulte de la prise en considération par la loi de cette même pluralité de délinquants, chiffrée ou non, à titre d'élément constitutif »¹⁶⁹⁹. Dans les deux cas, le législateur prévoit parfois une répression plus sévère, dans la mesure où le nombre facilite l'infraction et empêche quelque peu l'individualisation des différents protagonistes.

Étudier l'imitation horizontale dans le champ pénal revient, à cette étape de notre recherche, à déterminer, dans les réponses législatives aux infractions impliquant une pluralité, lesquelles témoignent de la prise en compte de critères tenant à la reproduction intentionnelle et non hiérarchisée d'un comportement criminel et à un certain effet illusoire du processus mimétique ou imitatif. Pour cela, il s'agira d'abord d'examiner les infractions commises collectivement (I) puis les infractions collectives par nature et la bande organisée (II).

I. Les infractions commises collectivement : un agir mimétique horizontal sanctionné

890. *Les infractions commises collectivement.* Certaines infractions n'imposent pas la pluralité d'auteurs mais peuvent cependant être commises par plusieurs individus, impliqués à des degrés divers dans leur réalisation. On a pu ainsi parler de **participation plurielle facultative**¹⁷⁰⁰ ou **occasionnelle**¹⁷⁰¹. Bien que la pluralité ne leur soit pas un élément constitutif, « ces infractions ne sont pas ressenties de la même façon, ni par les victimes ni par l'ensemble de la population, selon qu'elles résultent d'un fait individuel ou d'une action menée en groupe »¹⁷⁰². Par exemple, il est incontestable que les « violences exercées à plusieurs traduisent une criminalité ou une délinquance renforcée, à même d'inspirer une réaction plus dure, à la mesure de la gravité de l'événement »¹⁷⁰³.

nature et infraction collective par destination (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 2009, n° 245). Toutefois comme le relève Mme E. BARON, « si parler d'infraction collective par nature ne semble pas appeler de critique, il n'en va pas de même de l'expression d'infraction collective par accident : celle-ci ne rend pas compte du caractère intentionnel de la participation. Quant à la qualification d'infraction collective par destination, elle laisse croire que toute infraction collective a été conçue comme telle par ses différents participants. Cependant, cela n'est pas toujours le cas, en particulier lorsqu'un complice vient se greffer au fait principal sans que l'auteur en sache rien » (E. BARON, *La coaction en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 2012, n° 30, p. 43).

¹⁶⁹⁹C. DUPEYRON, *L'infraction collective*, RSC. 1973, p. 357 et s., spéc. n° 5.

¹⁷⁰⁰R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., p. 24, n° 887.

¹⁷⁰¹D. ALLIX, *Essai sur la coaction, Contribution à la genèse d'une notion prétorienne*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, n° 34 et s., p. 29 et s.

¹⁷⁰²D. ALLIX, id., n° 623, p. 346.

¹⁷⁰³Y. MAYAUD, *La réponse du droit pénal aux actions collectives d'intimidation : les violences volontaires en réunion*, RSC, 2006, p.69 ; V. également Cass. crim., 2 septembre 2005, n° 04-87.046, B. crim. n° 212 ; D.

Pour caractériser l'infraction commise collectivement, il faut que l'agent ait **personnellement participé**, en ayant joué un **rôle plus ou moins décisif dans la commission de l'infraction**. Ce rôle est spécifié et différencié selon des catégories – auteur, coauteur, et complice¹⁷⁰⁴ – qui permettent d'attribuer, pour la même infraction, des responsabilités différentes, à l'encontre de personnes physiques ou morales.

Les notions de coauteurs et de complices semblent renvoyer à certaines situations d'imitation horizontale, contrairement à celle d'auteur, qui suppose *a priori* un seul agent et exclut la prise en compte par le droit de l'imitation plurilatérale¹⁷⁰⁵. Dans ce sens, **les infractions commises collectivement interrogent la perception par le droit pénal des phénomènes d'imitation**. La pluralité dans certaines situations génère en effet certaines difficultés, notamment pour déterminer le rôle de chacun des protagonistes de l'infraction. Et **c'est plus particulièrement la notion juridique de coaction qui nous semble pouvoir relever de phénomènes imitatifs**. Il convient donc de définir cette notion, en la distinguant de la complicité, (Paragraphe 1) sous l'angle du concept d'imitation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Coaction et complicité dans les infractions commises collectivement, étude préalable à la compréhension d'un agir mimétique horizontal illicite

891. *Participation plurielle infractionnelle et implication individuelle*. Toute infraction commise collectivement ne renvoie pas systématiquement à la même implication pour chacun des participants. MERLE et VITU rapportent que « les romains multipliaient les distinctions nominales : *auctores, socii, fautores, participes, consui, adjutores, ministri* »¹⁷⁰⁶. Aujourd'hui, le droit pénal français reconnaît différentes qualifications des participants : auteur ou coauteur – pour désigner les participants principaux - et complice – participant accessoire¹⁷⁰⁷.

892. *Participation plurielle et responsabilité pénale*. *A priori*, la distinction entre auteur – ou coauteur – et complice est aujourd'hui sans conséquence sur la peine encourue individuellement, alors que dans l'ancien Code pénal, de nombreux cas exigeaient la

2005, p. 2986.

¹⁷⁰⁴R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris : Cujas, 7^{ème} éd., t. 1, 1997.

¹⁷⁰⁵A moins que l'auteur ait été provocateur. V. pour cette étude *infra* n° 1226.

¹⁷⁰⁶R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 535, p. 677.

¹⁷⁰⁷Certains auteurs comptent également parmi les catégories de fautifs les receleurs, au côté des auteurs et des complices (V. Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris : Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, p. 243 et s.). D'autres en revanche, considèrent que le recel doit être mis à part, en tant que délit autonome (V. en ce sens J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 4^{ème} éd., 2016, p. 140, note 1).

connaissance exacte du rôle de chaque protagoniste pour organiser la répression. L'article 121-6 du Code pénal prévoit, en matière de délit ou de crime, que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction »¹⁷⁰⁸, car les participants de ces deux catégories de qualification présentent une même volonté de s'associer en vue de la commission d'une infraction (la sienne ou celle d'un autre)¹⁷⁰⁹. Par ailleurs, par son pouvoir de requalification, une juridiction peut toujours modifier la qualification d'auteur visé dans l'acte de poursuite, par celle de complice, et réciproquement¹⁷¹⁰.

893. ***Participation plurielle et imputation de l'infraction.*** Il demeure utile de différencier la coaction et la complicité.

D'une part parce que, d'un point de vue légal, la complicité par aide ou assistance n'est pas prise en compte pour toutes les infractions. Elle n'est punissable qu'en matière de crimes ou de délits, et non pour des contraventions, à quelques exceptions près prévues par le législateur¹⁷¹¹. D'autre part, les deux rôles n'appellent pas la même appréciation jurisprudentielle. La condamnation du complice suppose la démonstration de la complicité. Celle de l'auteur est fondée sur l'admission des éléments constitutifs de l'infraction¹⁷¹².

Nous ajouterons que dans une **recherche de comportements d'imitation, qui repose éventuellement sur une dualité modèle/mime, la distinction entre auteur et complice peut présenter un intérêt non négligeable.**

Nous nous proposons d'abord de définir ce que l'on entend par coaction en droit pénal (A) pour ensuite en développer les composantes (B).

¹⁷⁰⁸M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 1999, 2^{ème} éd., p 427. L'auteur considère que cette formule ne suffit cependant toujours pas. La jurisprudence reste libre d'interpréter le texte car le complice, là encore, semble être confondu avec le coauteur dans son acte.

¹⁷⁰⁹Le fait que le complice soit puni comme « auteur » et non plus comme l'auteur révèle une évolution du droit, car il n'y a plus emprunt de pénalité mais seulement emprunt de criminalité. Il s'agit ainsi d'une forme d'autonomisation du complice par rapport à l'auteur ; V. sur ce point B. BOULOC, op. cit., p. 341 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., p. 234 et s.

¹⁷¹⁰A la condition de respecter les droits de la défense, et notamment le droit à un procès équitable. V. CEDH, 25 mars 1999, D. 2000.357, note ROETS ; Cass. crim., 12 septembre 2001, B. n° 177.

¹⁷¹¹La complicité est punissable lorsqu'elle est réalisée par le moyen de provocation ou instruction et non lorsqu'elle est le fait d'une aide ou d'une assistance (T. corr. Brest, 22 juin 1943, Gaz. Pal. 1943, 2, 104 ; V. également sur ce point J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris : Cujas, 2016, p. 416, n° 490). Toutefois, le législateur prévoit quelques exceptions et certains textes visent la sanction de la complicité par aide ou assistance dans une situation contraventionnelle. Il en est ainsi pour la contravention de bruits et tapages injurieux ou nocturnes (art. R. 623-2 C. pén.), les contraventions de violences (art. R. 624-1 et 625-1 C. pén.), la contravention de diffusion, sur la voie publique ou dans les lieux publics, de messages contraires à la décence (art. R. 624-2 C. pén.), la contravention de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui (art. R. 635-1).

¹⁷¹²V. sur ce point J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 416.

A. La définition de la coaction au sens pénal nécessaire à la compréhension d'un agir mimétique horizontal illicite

894. **Coaction et volonté de s'associer dans l'infraction.** Le terme « co-action » vient du latin *cum ago* qui signifie « agir, pousser ensemble »¹⁷¹³. En droit pénal, dans une situation infractionnelle, la coaction signifie que différents individus agissent ensemble, dans une même matérialité. La coaction ne doit pas être confondue avec une simple complicité car le coauteur est un auteur « à part entière »¹⁷¹⁴, ce qui lui confère une situation juridique différente de celle du complice. « Il ne suffit donc pas d'établir qu'une personne s'est associée à la commission d'une infraction par une autre »¹⁷¹⁵.

895. **Coaction et circonstance aggravante.** Cette indépendance de la responsabilité pénale des coauteurs a pour conséquence que la peine de chacun n'est pas augmentée si l'infraction est commise collectivement, sauf dispositions spéciales. Par exemple, l'article 222-15 relatif à l'empoisonnement ou l'article 222-24, 6° relatif au viol prévoient une peine d'emprisonnement plus importante si ces infractions sont « commises par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice »¹⁷¹⁶. Et parfois, le législateur est encore plus précis dans la définition de la pluralité puisque l'augmentation de la peine est déterminée par la qualité des agents ou encore le nombre de participants à l'infraction. C'est le cas de la rébellion, lorsqu'elle est commise par des militaires armés agissant au nombre de huit au moins¹⁷¹⁷.

896. **La distinction entre coaction et complicité.** A la différence de la coaction, l'acte de complicité est accessoire à celui de l'auteur. Ici, la volonté de s'associer correspond à la volonté de s'associer à l'infraction d'un autre.

Un double critère – subjectif et objectif – a pu permettre de distinguer la complicité de la coaction, le choix d'imputation étant particulièrement délicat dans l'hypothèse de l'aide ou assistance, qui est très proche de la coaction¹⁷¹⁸. Le critère subjectif renvoie à l'état d'esprit de l'auteur et du complice. Celui qui a agi pour le compte de, et non pour atteindre le résultat de

¹⁷¹³F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin – Français*, 1934, V° Coaction.

¹⁷¹⁴B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 24^{ème} éd., 2015, n° 312, p. 274.

¹⁷¹⁵E. DREYER, *Droit pénal général*, Paris : LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 996, p. 746.

¹⁷¹⁶On peut citer encore l'article 225-7 9° du Code pénal pour le proxénétisme ou encore l'article 322-3 1° du même Code en matière de destruction, dégradation ou détérioration du bien d'autrui.

¹⁷¹⁷Art 446 C. just. mil.

¹⁷¹⁸J. PRADEL, *Droit penal general*, op. cit., n° 491, p. 416.

l'infraction, a souhaité s'associer à l'infraction d'autrui - *animo socii* – ce qui le désigne comme complice. Alors que celui qui a voulu accomplir sa propre infraction – *animo auctori* – est auteur. Bien que pertinent pour analyser l'intention de l'agent, il faut admettre que ce critère subjectif est particulièrement difficile d'application. C'est pourquoi la doctrine française préfère se référer à un critère objectif tenant aux éléments constitutifs de l'infraction commise en participation. L'agent qui réunit en sa personne tous ces éléments constitutifs doit être considéré comme coauteur¹⁷¹⁹. Ce dernier a accompli personnellement les actes matériels de l'infraction au côté de comparses qui ont eux-même accompli les actes matériels de l'infraction, dont tous sont coauteurs. En revanche, l'agent qui n'accomplit pas personnellement les éléments constitutifs de l'infraction mais facilite ou provoque l'action d'un autre, doit être considéré comme complice. Parce qu'il ne fait que s'associer à l'infraction d'un autre, le complice n'a aucune existence juridique autonome. Son rôle dans l'infraction est apprécié secondairement à celui de l'auteur. Le législateur fait alors la distinction entre la complicité par aide et assistance et la complicité par provocation et instruction, à l'article 121-7 du Code pénal.

Seule la coaction semble renvoyer à une détermination commune et une identité ou similitude d'actes matériels et par conséquent, pouvoir constituer dans certains cas une imitation comportementale, à la fois plurilatérale et horizontale.

897. *La confusion jurisprudentielle entre les notions de coaction et de complice.* Pourtant, la jurisprudence a pu considérer un individu comme complice, alors même qu'il réunissait en sa tête tous les éléments constitutifs de l'infraction¹⁷²⁰, appliquant ce que la doctrine nomme la théorie de la « complicité corespective »¹⁷²¹. A l'inverse, elle a pu regarder un individu comme coauteur alors qu'il avait agi par aide¹⁷²², appliquant ce qu'on a pu nommer la « coaction corespective »¹⁷²³.

Pragmatiques, ces solutions permettaient de remédier aux inconvénients de l'ancien

¹⁷¹⁹ V. R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Paris : Gualino, 2003, n° 489 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 310 à 311 ; P. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 430 ; J. PRADEL, op. cit., n° 445 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 365.

¹⁷²⁰ V. par ex. Cass. crim., 15 juin 1860, S., 1861, I, p. 398.

¹⁷²¹ V. notamment PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 406 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 409 et 449. ; E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., p. 130 n°143. ; V. également Cass. crim., 9 juin 1848, arrêt IGNEUX, S. 1848, I, p. 527 ; Cass. crim., 15 juin 1860, S. 1861, I, p. 368 ; Cass. crim., 10 janvier 1952, JCP G 1952, IV, p. 38 ; V. également notre étude sur la question *infra* n° 952.

¹⁷²² V. notamment Cass. crim., 24 août 1827, B. crim. n° 224, GENOLD et PELISSIER ; Cass. crim., 24 juin 1922, S. 1923, I, p. 41 ; Cass. crim., 25 janv. 1973, Gaz. Pal. 1973, I, somm. p. 94.

¹⁷²³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 390.

Code pénal ; pour d'une part, sanctionner l'agent d'une peine plus sévère que celle qu'il aurait dû encourir au titre de la coaction ; d'autre part, le sanctionner alors que la circonstance aggravante ne pouvait s'appliquer qu'aux coauteurs¹⁷²⁴.

En outre, la jurisprudence n'hésite pas à refuser la censure des décisions qui aurait pourtant qualifié à tort un complice de coauteur ou inversement¹⁷²⁵. Ces solutions semblent ainsi faire de la complicité et de la coaction une même réalité. Pourtant, il nous semble indéniable que le délinquant trouve un intérêt au moins moral quant à l'établissement de sa véritable qualification pénale¹⁷²⁶. La coaction paraît faire intervenir une relation particulière entre les agents.

898. **Les divergences doctrinales sur la coaction.** Selon la doctrine traditionnelle, la coaction est une juxtaposition de plusieurs actions individuelles : tous les coauteurs, par leurs fautes respectives, ont contribué à la production d'un même dommage¹⁷²⁷. Ce qui explique que « le sort de chaque coauteur est indépendant de celui des autres »¹⁷²⁸. Selon cette position, le coauteur n'est ni plus ni moins qu'un auteur juridique à part entière.

Une autre partie, minoritaire, de la doctrine, nuance cette présentation de la coaction. Rappelant qu'il ne peut y avoir coauteur sans un autre auteur, cette position soutient que la coaction ne peut être simplement entendue comme une juxtaposition d'actions individuelles.¹⁷²⁹ Les coauteurs agissent ensemble « pour **la réalisation d'une seule et même infraction** »¹⁷³⁰

¹⁷²⁴ Cass. crim. 17 décembre 1859, arrêt DEPOUTX, B. crim. n° 281 ; Cass. crim. 24 juin 1922, Arrêt CAUDRON et FAUQUET, S. 1923, 1, 41, note J.-A. ROUX.

¹⁷²⁵ On parle alors de la peine justifiée. Dans la mesure où la peine encourue était identique, les juges refusent de remettre en cause la qualification du titre d'imputation. V. pour une critique J. AUDIER, *Le biais de la peine justifiée*, RSC 1978, p. 553 ; E. BARON, op. cit., n° 505, p. 407.

¹⁷²⁶ V. dans le même sens J. AUDIER, *Le biais de la peine justifiée*, op. cit., n° 16. ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, op. cit., n° 1479 ; V. en revanche M. J.J. HAUS qui considère que « celui qui lie le bras de la personne à qui l'on veut donner la mort, ou qui la bâillonne est l'auteur de l'assassinat à l'égard de celui qui l'égorge » (propos repris par C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles : Bruylant, 3^{ème} éd., 2003, p. 268).

¹⁷²⁷ V. notamment Y. MAYAUD, obs. sous Cass. crim., 14 février 1996, préc., RSC 1996, p. 856. ; Y. MAYAUD, *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RID pén. 1997, p. 793, pour qui la juxtaposition est la première forme de délinquance de groupe. « Elle en est la version minimale. Elle correspond aux hypothèses où plusieurs personnes interviennent lors de la commission d'une infraction, mais sans que leur présence simultanée participe pour autant d'une entente préalable ou d'un plan concerté. C'est seulement par juxtaposition que ces actions sont considérées comme indivisibles, et non pas par volonté des acteurs eux-mêmes ».

¹⁷²⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 238, p. 271.

¹⁷²⁹ V. A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions*, Thèse Paris II, 2006, n° 694, pour qui la coaction traduirait une dépendance par la causalité ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n° 284 et s., pour qui la coaction est dépendante de l'existence d'une infraction principale.

¹⁷³⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 2^{ème} éd. 2007, n° 394.

et on peut parler de « **participation à une infraction unique** »¹⁷³¹ ou encore d'« **imputation participative principale** »¹⁷³². C'est reconnaître que « non seulement [chaque agent] a matériellement accompli le comportement incriminé mais a témoigné aussi d'une **même volonté coupable**. [Ils] ont, [chacun], concouru à la réalisation du même résultat redouté et cherché à l'atteindre » ou encore « que chaque coauteur doit avoir voulu agir à plusieurs »¹⁷³³.

899. *La coaction, empreinte d'action et de complicité*. Mme Elisa BARON, à qui l'on doit une conceptualisation complète de la coaction ainsi comprise, souligne que « la coaction emprunte à la fois à la complicité et à l'action, »¹⁷³⁴ car « si [elle] s'apparente à un mode de participation à une infraction, elle est surtout un mode de participation à sa propre infraction »¹⁷³⁵. Cette nuance suggère qu'un coauteur est à la fois auteur de sa propre infraction mais aide également, par sa participation à la pluralité, à accomplir une infraction unique.

« Emprunter » aux deux types de participations ne signifie pas que la coaction se réduit à la juxtaposition, chez le même individu, de l'action et de la complicité¹⁷³⁶. Car la coaction procède avant tout d'une volonté partagée d'agir ensemble, soit d'une entente. Et c'est bien cette entente qui permet de distinguer la coaction de la complicité, « l'existence d'un [...] accord ne se vérifi[ant] pas nécessairement en ce qui concerne les rapports unissant le complice et l'auteur principal »¹⁷³⁷.

Certes, pour certains auteurs, le critère tenant à l'entente est insuffisant, parce qu'ils considèrent que celle-ci se retrouve nécessairement entre un auteur et son complice¹⁷³⁸. Toutefois, il nous semble qu'il s'agit d'une autre sorte d'entente, que Mme Elisa BARON a pu évoquer, sans hiérarchie entre les individus, et que nous pouvons qualifier d'« **entente horizontale** ». Car cet auteur précise qu'« envisagée comme un accord entre deux ou plusieurs individus, l'entente suppose alors une **réciprocité dans la conscience et la volonté de**

¹⁷³¹E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., p. 91 et s.

¹⁷³²F. ROUSSEAU, *L'imputation en responsabilité pénale*, op. cit., n° 241, p. 273.

¹⁷³³E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 996, pp. 746-747.

¹⁷³⁴E. BARON, op. cit., n° 24, p. 36.

¹⁷³⁵Ibid.

¹⁷³⁶V. Cass. crim., 25 octobre 1962, B. crim. n° 292, p. 606, Arrêt LACOUR.

¹⁷³⁷E. BARON, op. cit., n° 91, p. 93.

¹⁷³⁸Auteur et coauteur se distinguent justement par l'existence ou non d'une entente. Mais pour certains, l'entente ne permet pas de les différencier car l'entente se retrouverait nécessairement dans la complicité. V. notamment en ce sens C. GIRAULT, *Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice*, D. 2008, chron. n° 25, p. 1714 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 337 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 225 et s. Alors que d'autres considèrent que l'entente n'est pas une condition de la complicité. V. notamment PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 420 ; E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 91 et s., p. 93.

coopération. Et c'est cette **réciprocité dans la volonté de s'associer** qui apparaît comme le propre de la coaction : chaque coauteur est conscient de la participation de l'autre et souhaite coopérer à son action. De là vont se nouer **des liens étroits entre coauteurs**, plus qu'entre complice et auteur principal. La nécessaire réciprocité de la volonté de s'associer entre coauteurs conduira ainsi à une inévitable **identité de qualifications** entre eux¹⁷³⁹.

900. Parler de juxtaposition d'actions individuelles, sans aller plus loin, ne rend donc pas compte, d'après nous, de la réalité du groupe qui agit par coaction. Voyons donc à présent plus précisément les différentes composantes qui permettent de constater une coaction, que nous pourrions par la suite comparer aux caractéristiques d'un agir mimétique¹⁷⁴⁰.

B. Composantes de la coaction, préalable à une compréhension d'un agir mimétique horizontal

901. Au-delà d'être une action personnelle tournée vers un même résultat, commun à la pluralité, la coaction exige une entente pour rechercher une unité d'action par des actes réciproques et concomitants. Autrement dit, la coaction exige une dépendance matérielle (1). Par ailleurs, la coaction se révèle être une participation au résultat infractionnel collectif, les participations de tous les coauteurs étant équivalentes pour l'obtention de ce résultat (2).

1) Une dépendance matérielle entre les coauteurs

902. *L'entente entre les coauteurs.* Les coauteurs doivent témoigner d'une volonté de s'associer : « la rencontre de ces volontés donne lieu à une véritable entente entre eux »¹⁷⁴¹. Certes, cette entente entre les différents participants peut exister en matière de complicité, mais elle n'est pas exclusive. Seule la volonté de s'associer à l'infraction d'un autre est exigée par la rédaction de l'article 121-7 du Code pénal et, pour certains auteurs, le complice peut s'être

¹⁷³⁹ A la différence de la complicité. V. E. BARON, op. cit., n° 91 p. 93 et n° 118. Pour l'auteur, le complice « pourra ainsi être poursuivi pour une infraction alors que l'auteur principal sera paradoxalement répréhensible du chef d'une autre qualification », notamment au regard de la théorie de l'emprunt de criminalité mais aussi la théorie du délit distinct et de l'emprunt de matérialité.

¹⁷⁴⁰ Nous reprenons les critères essentiels développés par Mme Elisa Baron mais en les articulant à une compréhension de l'agir mimétique horizontal.

¹⁷⁴¹ E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 118, p. 112.

associé « sciemment » à l'auteur, sans pour autant que ce dernier n'ait eu conscience qu'un autre lui apportait une aide¹⁷⁴². En aucun cas la loi exige une concertation entre complice et auteur principal. En revanche, la doctrine est unanime en matière de coaction : l'entente est une condition nécessaire à sa caractérisation¹⁷⁴³.

903. *L'entente distinguée de la préméditation.* Ce critère ne doit pas être confondu avec la préméditation, circonstance aggravante prévue par l'article 132-72 du Code pénal¹⁷⁴⁴. C'est pourquoi l'entente peut être réfléchie - avant la commission de l'infraction - mais également concomitante à la commission de l'infraction. Tel serait le cas de personnes qui ne se connaîtraient pas mais qui s'associeraient instantanément ou quasi-instantanément pour porter des coups et blessures à une victime. Ou encore d'un individu qui se joindrait dans l'action à un ou plusieurs autres, et serait immédiatement admis par le groupe comme participant à l'infraction. En revanche, il est acquis que si deux voleurs, commettaient un vol dans la même maison au même moment, en l'absence de toute entente on ne saurait parler de coaction malgré l'identité de lieu, de temporalité et des actes accomplis.

904. *Une entente plus étroite que la complicité.* L'objet de l'entente qui caractérise une coaction n'est pas indifférent puisqu'il est « plus large que celui éventuellement présent en matière de complicité »¹⁷⁴⁵. Les coauteurs doivent avoir agi avec « connivence »¹⁷⁴⁶ et la coaction est une « coopération passagère »¹⁷⁴⁷. Pour GARRAUD, « il faut aussi et surtout qu'ils aient agi de concert, d'un commun accord, qu'ils aient coopéré à la perpétration du délit. Sans cela, le seul lien qui puisse être établi entre les délits distincts qui ont été commis, est celui de connexité et non celui de la coopération »¹⁷⁴⁸.

Concernant la jurisprudence, les juges imposent que les coauteurs aient opéré

¹⁷⁴²L'exemple de ceux qui défendent cette position est celui du malfaiteur qui pose une échelle pour faciliter l'accomplissement d'un vol, alors même que le voleur croit « à un heureux hasard ». V. notamment Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°420. La complicité peut être retenue à l'égard de celui qui a mis en place l'échelle puisqu'il a entendu aider à la commission de cette infraction, sans pour autant qu'il y ait eu coopération entre auteur principal et complice.

¹⁷⁴³Que ce soit envers une personne physique ou une personne morale qui est incarnée par ses organes ou représentants.

¹⁷⁴⁴La préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé alors que l'entente renvoie au passage à l'acte.

¹⁷⁴⁵E. BARON, op. cit., n° 117, p. 111.

¹⁷⁴⁶Y. MAYAUD, *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, op. cit., p. 796.

¹⁷⁴⁷Ibid.

¹⁷⁴⁸R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 901.

« ensemble et de concert »¹⁷⁴⁹, « d'un commun accord », ou encore aient « participé à une action concertée »¹⁷⁵⁰ en vue de l'infraction. La Cour de cassation ne fait parfois pas directement référence à l'entente mais parle d'« assistance réciproque » entre les coauteurs¹⁷⁵¹ dont Mme Elisa BARON remarque qu'elle peut être comprise dans un double versant, matériel mais également psychologique¹⁷⁵².

À la différence de la complicité, la coaction appelle donc nécessairement une entente¹⁷⁵³ qui « se distingue de la simple « conscience et volonté de coopérer avec autrui » ; elle suppose plus ; il faut une véritable résolution d'agir arrêtée ensemble »¹⁷⁵⁴. Et il nous semble que l'on peut la qualifier d'« entente horizontale ». Car elle doit porter sur l'infraction dans son ensemble – et pas nécessairement les mobiles - expliquant ainsi les rapports d'égalité unissant les coauteurs. Ce qui se traduit par l'accomplissement d'actes d'assistance réciproque et concomitants.

905. *Des actes d'assistance réciproque et concomitants.* En effet, la jurisprudence considère qu'il existe entre les coauteurs une « assistance réciproque » car « tous les auteurs d'une même infraction s'aident nécessairement et s'assistent réciproquement »¹⁷⁵⁵.

Par ailleurs, la coaction impose une concomitance dans les actes accomplis, à la différence de l'acte de complicité qui n'implique pas toujours un acte concomittant. Tous les actes antérieurs ou postérieurs ne sauraient être qualifiés comme participant à une coaction. Ce critère de concomitance correspond aux actes accomplis dans le même trait de temps alors que peu importe la différence de lieu et d'espace¹⁷⁵⁶ comme le montre un arrêt du 27 mai 2004¹⁷⁵⁷.

Des époux s'étaient coordonnés pour réaliser plusieurs prélèvements bancaires aux dépens de la tante vulnérable de l'un d'eux. Du fait de l'entente réciproque et de la simultanéité de l'action, les juges les ont désignés coauteurs, considérant qu'ils avaient agi en coaction pour commettre le délit d'abus de faiblesse alors même que chacun se trouvait en un lieu différent.

¹⁷⁴⁹V. par ex. Cass. crim., 5 octobre 1972, B. crim n° 269.

¹⁷⁵⁰Cass. crim., 13 juin 1972, B. crim n° 195.

¹⁷⁵¹Cass. crim., 8 juillet 1813, S. Chr. ; Cass. crim., 29 janvier 1829, B. crim. n° 22.

¹⁷⁵²E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 98, p. 97.

¹⁷⁵³D'ailleurs cette entente doit s'étendre à la personne morale. En effet, cette dernière étant composée de personnes physiques – organe ou représentant -, il est tout à fait envisageable de considérer deux personnes morales qui se seraient entendues pour la commission d'une infraction. Identiquement, il paraît envisageable qu'une personne morale s'entende avec une personne physique. V. sur ce point E. BARON, op. cit., n° 99, p. 98-99.

¹⁷⁵⁴Ch. DUPEYRON, *L'infraction collective*, RSC 1973, n° 9, p. 357.

¹⁷⁵⁵V. notamment Cass. crim., 29 janvier 1829, B. crim n° 22 ; Cass. crim., 17 avril 1857, B. n° 155.

¹⁷⁵⁶Contra. D. ALLIX, *Essai sur la coaction*, op. cit., n° 151. L'auteur considère que « simultanéité d'action : seront réputés coauteurs ceux qui sont présents au temps et au lieu de l'infraction [...] ».

¹⁷⁵⁷Cass. crim., 27 mai 2004, B. crim. n° 141, RSC 2004, p. 881, note Y. MAYAUD.

Pour M. le Professeur Yves MAYAUD, ce « sont les traits de l'infraction "continuée" qui sont reproduits [dans l'arrêt]. Ce type d'infraction est caractérisé par la réduction à l'unité de ce qui participe d'une pluralité, de manière à asseoir la répression, non sur les faits isolés, chacun constitutif d'une infraction distincte, mais sur l'ensemble qu'ils représentent. L'élément de fusion tient à la continuité de but assurée par la même personne, qui permet de retirer aux infractions répétées leur autonomie juridique, sur le critère d'un dessein criminel unique ou d'une entreprise criminelle aux éléments indivisibles »¹⁷⁵⁸.

Pour la jurisprudence, les coauteurs agissent ainsi dans la « **simultanéité d'action** »¹⁷⁵⁹ ou par une **action** « **conjointe** »¹⁷⁶⁰. Si tous les participants à l'infraction collective doivent réunir en leurs personnes les mêmes éléments constitutifs, ils ont *a priori* agi ensemble, pour la réalisation d'un même résultat.

2) Des participations équivalentes dans la recherche du résultat infractionnel collectif

906. ***La participation au comportement infractionnel du groupe.*** La coaction exige que les agents aient participé au comportement infractionnel du groupe. Cette affirmation implique alors deux choses : d'une part, le coauteur doit être une cause déterminante dans la commission de l'infraction, et d'autre part, il doit disposer d'une autonomie par rapport à ses comparses « afin que l'influence de chacun puisse être considérée comme équivalente »¹⁷⁶¹.

907. ***Le coauteur, une cause déterminante du résultat infractionnel.*** En effet, la coaction implique que les coauteurs aient disposé d'un pouvoir sur le résultat de l'infraction car elle exige une contribution causale à l'infraction. Dans ce sens, « tous les participants sont soumis à une exigence de causalité unissant leur comportement à l'infraction commise. Sans cette relation,

¹⁷⁵⁸Y. MAYAUD, *Le délit d'abus de faiblesse, une infraction « continuée »*, RSC 2004, p. 881. L'auteur explique que « l'intérêt de cette réduction n'est pas négligeable. Elle engage un enjeu de solidarité, les personnes condamnées pour un même crime ou pour un même délit étant tenues solidairement des restitutions et des dommages intérêts (ancien art. 55 C. pén. ; art. 375-2, 480-1 et 543 C. proc. pén.), et l'approche unitaire se révèle plus efficace que la conception pluraliste, ayant pour résultat de soumettre à solidarité tous les actes préjudiciables rentrant dans l'infraction unifiée. Elle affecte également la prescription, et la qualification d'escroquerie en est la meilleure illustration, le délai ne courant que du jour de la dernière remise, rendant possible la constitution de partie civile des premières victimes, même si leur dépouillement remonte à plus de trois ans ».

¹⁷⁵⁹V. notamment Cass. crim., 29 janvier 1829, B. crim. n° 22 ; Cass. crim., 9 nov. 1860, B. crim. n° 229.

¹⁷⁶⁰V. notamment Cass. crim., 29 janv. 1829, B. crim. n° 22.

¹⁷⁶¹E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 318, p. 262.

aucune participation à l'infraction ne peut être retenue contre eux »¹⁷⁶². A la différence de la complicité, qui suppose plutôt un lien de causalité indirect¹⁷⁶³, la coaction implique une « contribution causale déterminante »¹⁷⁶⁴.

La complicité, par définition, n'est pas la cause de l'infraction, mais l'une d'entre elle puisque ce sont les actes de l'auteur principal qui engendrent le résultat concret de l'infraction¹⁷⁶⁵. Autrement dit, même sans le complice, il est fort probable que le résultat de l'infraction serait accompli. Selon Mme Elisa BARON, « le coauteur s'analyse nécessairement comme une cause déterminante de l'infraction, au même titre qu'une autre personne agissant avec lui »¹⁷⁶⁶ et par conséquent « la coaction est conditionnée à l'existence d'une contribution causale déterminante dans la réalisation de l'infraction »¹⁷⁶⁷, à l'image de l'auteur principal. C'est affirmer ici que sans la participation de l'un des coauteurs, la réalisation de l'acte infractionnel tel qu'il a été commis n'aurait pas été possible.

908. *Une indépendance morale.* Dès lors, l'autonomie de chacun des participants doit apparaître pour que l'on puisse considérer la coaction. Ceux-ci doivent être « maître[s] de l'action »¹⁷⁶⁸. « Certes, les coauteurs, parce qu'ils doivent nécessairement s'être entendus sur l'infraction, se concertent et donc réfèrent de leurs décisions les uns aux autres. Cependant, un pouvoir de décision peut très bien s'exercer en concertation »¹⁷⁶⁹. Malgré une dépendance matérielle, la coaction exige dans cette mesure une indépendance morale entre les différents coauteurs¹⁷⁷⁰. Mme Elisa BARON l'a très justement indiqué, « l'influence du coauteur sur le comportement infractionnel se définit négativement par l'indépendance morale dont il fait preuve »¹⁷⁷¹. Ce qui signifie que le coauteur doit avoir une influence équivalente sur la réalisation de l'infraction à celle de chacun des autres coauteurs, Il ne doit être soumis à aucune autorité venant d'un autre, qu'elle soit juridique ou de fait, « tant en ce qui concerne les relations entre personnes physiques que celles entre personnes morales »¹⁷⁷².

¹⁷⁶²E. BARON, id., n° 235, p. 197.

¹⁷⁶³De ce fait la doctrine distingue entre participants principaux et participants secondaires. V. notamment D. ALLIX, op. cit., n° 45 et s.

¹⁷⁶⁴Expression empruntée à E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 317, p. 261.

¹⁷⁶⁵Précisons que nous considérons que toutes les infractions ont un résultat, qu'il soit matériel ou juridique. V. Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., n° 312 et s.

¹⁷⁶⁶E. BARON, op. cit., n° 231, p. 191.

¹⁷⁶⁷E. BARON, id., n° 234, p. 195.

¹⁷⁶⁸E. BARON, id., n° 235, p. 197.

¹⁷⁶⁹E. BARON, id., n° 236, p. 198.

¹⁷⁷⁰E. BARON, id., n° 237 et s., p. 198.

¹⁷⁷¹Ibid.

¹⁷⁷²E. BARON, id., n° 278, p. 229, pour une analyse plus poussée sur l'autorité dans une entreprise.

Cette analyse amène l'auteur à démontrer avec force, d'une part, qu'aucune coaction ne peut être constatée entre un chef d'entreprise et son préposé, et d'autre part, « quant aux relations entre personnes morales appartenant à un même groupe de sociétés, il importe de distinguer selon que ces différentes personnes morales peuvent être considérées comme autonomes les unes par rapport aux autres ou non. Si elles le peuvent, l'imputation au titre de la coaction sera envisageable, mais elle se révélera au contraire impossible en cas de domination de l'une des personnes morales sur l'autre »¹⁷⁷³. Il doit donc véritablement exister entre les coauteurs « des liens de dépendance réciproque et non à sens unique »¹⁷⁷⁴, ce qui serait impossible en cas d'autorité d'un individu sur un autre. Mme Elisa BARON propose d'insérer un nouveau texte au sein de Code pénal pour ériger la coaction en mode de participation à part entière¹⁷⁷⁵.

909. ***Pour conclure sur la coaction et la complicité.*** En tant que mode de participation à sa propre infraction, la coaction emprunte à la fois à l'action et à la complicité, mais n'est pas la somme des deux. **Plus qu'une simple juxtaposition d'actions individuelles, elle implique différents éléments qui révèlent des rapports de réciprocité entre les coauteurs.** Car certes, comme un complice, le coauteur aide à la réalisation d'une infraction mais comme un auteur, il s'agit de sa propre infraction, et surtout d'une participation mutuelle à une infraction unique. Les coauteurs s'entendent nécessairement (à la différence de la simple complicité), préalablement ou immédiatement, pour l'accomplissement d'actes d'assistance concomitants, et pour agir ensemble de manière complémentaire et réciproque. Ils participent de manière équivalente au résultat infractionnel collectif. Enfin, le groupe de coauteurs témoigne d'une absence absolue de hiérarchisation et de subordination des relations interpersonnelles, l'entente pouvant donc être qualifiée d'« horizontale ».

Ainsi définie, la notion juridique de coaction présente des points communs avec celle de mimésis sociale que nous avons évoquée précédemment, dont l'imitation peut être une expression comportementale. C'est pourquoi il nous paraît intéressant de l'analyser sous l'angle du concept général d'imitation.

¹⁷⁷³E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 278, p. 229.

¹⁷⁷⁴Ibid.

¹⁷⁷⁵ En étudiant plus particulièrement la définition et le régime de la coaction, Mme Elisa BARON propose l'insertion d'un article 121-4-1 dans le Code pénal : « Est coauteur de l'infraction la personne qui, s'entendant avec une ou plusieurs autres, mais sans qu'un lien d'autorité existe entre elles, réalise au moins partiellement cette infraction. Le coauteur est puni comme l'auteur ».

Paragraphe 2. La notion juridique de coaction au regard du concept d'imitation

910. L'imitation peut être conçue comme une expression comportementale particulière d'un agir mimétique. Ce principe se vérifie lorsque modèle et mime sont bien différenciés, et nous le verrons plus particulièrement à l'analyse de l'imitation plurilatérale verticale¹⁷⁷⁶. L'agir mimétique à l'oeuvre dans une scène réunissant des individus en interactions « horizontales » peut aussi consister en la reproduction par imitation mutuelle de certains comportements. Les critères de l'imitation plurilatérale comportementale sont en effet ceux d'un agir mimétique auxquels s'ajoute un critère de reproduction de comportements identiques ou ressemblants, voire complémentaires, dans un rapport de réciprocité.

De cette manière, il nous semble que le concept d'imitation interroge la notion de coaction dans le droit pénal.

Nous examinerons ici les éléments juridiques en faveur de la conception de la coaction comme un agir mimétique se produisant dans un contexte illicite d'action sociale, certaines situations relevant directement de comportements infractionnels d'imitation (A). Puis nous illustrerons nos propos par l'exemple d'un raisonnement et d'une réponse jurisprudentielle qui semble bien prendre en compte les phénomènes mimétiques dans la coaction, et qui donne lieu à la théorie dite de « la scène unique de violence » (B).

A. Éléments juridiques en faveur d'une lecture de la coaction comme un agir mimétique horizontal illicite

911. ***Une infraction commise collectivement, un fait social.*** La commission d'une infraction par plusieurs individus peut être entendue comme un fait social, même si sa réalisation va à l'encontre des valeurs normatives de la Société. Il est donc possible de considérer que certains actes délictuels commis collectivement par un groupe sont le résultat d'un agir mimétique dont nous avons défini les critères précédemment. Dans cette mesure, lorsque le droit sanctionne une infraction commise collectivement, les éléments juridiques qui caractérisent une coaction peuvent être comparés aux critères de la mimésis sociale. Il s'agit ici de concevoir la coaction comme une participation active à un agir mimétique horizontal.

¹⁷⁷⁶V. *infra* n° 853.

912. ***Rappel des critères de la mimésis sociale horizontale.*** L'agir mimétique exige¹⁷⁷⁷, la réunion de trois conditions : la représentation commune de tous les actants de la scène à laquelle ils participent, des agissements soutendus par une intentionnalité communément partagée et qui se réfèrent les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente, et une coopération mutuelle tournée vers un même objectif dont le succès mène à un renforcement des relations entre les participants. Lorsque l'imitation est comprise comme l'expression corporelle d'un agir mimétique, les comportements d'imitation plurilatérale entre les actants d'une scène de mimésis sociale sont des agissements mimétiques complémentaires pour aboutir à la réussite de la détermination et de l'activité communes.

913. ***Rapports possibles entre coaction et mimésis sociale horizontale.*** Appliquer le concept d'imitation à la notion juridique de coaction revient à déterminer si la coaction relève d'un agir mimétique, pour repérer ensuite des comportements d'imitation entre les coauteurs. Or, il semble que la commission d'une infraction unique par plusieurs coauteurs est soumise à l'existence conjointe d'une intentionnalité communément partagée et d'une représentation commune de la scène infractionnelle (1). De même, l'entente exigée pour caractériser une coaction peut être comprise comme une coopération mutuelle tournée vers un même objectif (2). Les agissements conjugués des coauteurs démontrent enfin leur référence les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente, qui peut prendre la forme d'une imitation comportementale (3).

1) ***L'infraction unique de la coaction soumise à une représentation commune de la scène infractionnelle et à une intentionnalité communément partagée***

914. ***L'infraction unique, représentation commune de la scène délictuelle.*** Tous les agents d'une coaction participent à une seule et même infraction, une infraction unique. Cela signifie incontestablement que tous ont élaboré une même représentation de la scène infractionnelle. Les coauteurs doivent, en effet, avoir la même image mentale de la scène au moment des faits, en partageant à la fois l'élément matériel et intentionnel de l'infraction. Autrement dit, ils doivent **tous se représenter la même scène d'agissement du groupe, dans laquelle chacun tient son rôle pour poursuivre une même détermination.** C'est en ce sens que l'on peut

¹⁷⁷⁷V. *supra* n° 881 et s.

comprendre que chaque coauteur commet l'infraction pour soi, en s'associant à d'autres pour mieux arriver à ses fins.

915. *La distinction entre le coauteur et le complice au regard de la représentation commune de l'infraction.* En revanche, un complice participe à l'infraction d'un autre parce qu'il n'a pas la même détermination à obtenir son résultat ou bien n'y participe pas activement. Comme le conçoit Mme Elisa BARON, « à défaut [de cette détermination], certains ne participeraient alors qu'à un "fait délictueux" »¹⁷⁷⁸, et non à une même infraction. Ce qui revient à dire que la représentation que se fait un complice de la scène est différente de celle de l'auteur principal ou des coauteurs¹⁷⁷⁹. Dire que le **complice** participe à l'infraction d'un autre signifie qu'il peut se représenter la scène infractionnelle mais qu'il se perçoit **en dehors de la scène de l'action**, non inclu dans les actes conduisant de façon principale au résultat. Et de fait les exemples jurisprudentiels montrent que sera déclaré complice celui qui facilite une infraction par aide ou assistance mais en témoignant d'une autre détermination que celle qui a causé le résultat. Le complice par instigation, quant à lui, a la même détermination que l'auteur de l'infraction mais non la même représentation de la scène infractionnelle, à laquelle il ne participe pas nécessairement.

C'est la raison pour laquelle le complice n'a pas besoin d'agir concomitamment à la scène délictuelle, contrairement au coauteur. Alors que la coaction exige l'existence conjointe d'une intentionnalité ou détermination partagée et d'une représentation commune de la scène délictuelle à laquelle les coauteurs participent simultanément.

916. *Une représentation commune construite autour d'une même détermination.* La représentation commune aux coauteurs renvoie à la volonté de chacun de participer, avec

¹⁷⁷⁸E. BARON, id., n° 89, p. 92.

¹⁷⁷⁹ Le complice a la même représentation de la scène du coauteur mais se voit en dehors de la scène. Ainsi est-il possible de dire que la scène dans laquelle il se représente est différente de celle de l'auteur ou du coauteur. Et c'est ce que semble apprécier indirectement la jurisprudence lorsqu'elle ne sanctionne pas le complice qui aura aidé un autre en vue d'une infraction, alors que celui-ci en commet une autre. Toutefois dans ce cas, la culpabilité du complice dépend de l'intérêt lésé. Si ce dernier est le même, le complice doit être sanctionné. En revanche, si l'intérêt lésé est différent, seul l'auteur est punissable. Lorsqu'un complice projette un crime ou un délit mais l'infraction accomplie par l'auteur est différente du projet, sa culpabilité dépend de l'intérêt lésé. S'il s'agit du même intérêt, par principe, le complice est punissable. En revanche, si l'intérêt est différent, le complice n'est pas punissable. Par ailleurs, la sanction dépendra des prévisibilités circonstancielles qui entourent la commission de l'infraction. V. Cass. crim., 23 mai 1973, JCP G 1974, II, 17675, note D. MAYER, RSC 1974, p. 579, obs. J. LARGUIER ; Cass. crim., 31 janv. 1974, JCP G 1975, II, 17984, note A. MAYER-JACK ; RSC 1975 p. 679, ou p. 582 obs. J. LARGUIER ; Cass. crim., 21 mai 1996, B. crim. n° 206, Dr. pén. 1996, comm. 213, note M. VERON ; V. également Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 240.

d'autres, à l'infraction. Car c'est pour poursuivre cette détermination commune que la représentation d'agissements du groupe dans la scène doit être partagée. Et, dans la coaction, cette « même détermination » doit « se comprendre comme une identité entre les éléments psychologiques de l'infraction, même spontanée et tacite, non comme une identité de mobiles »¹⁷⁸⁰. Car il ne suffit pas de démontrer un mobile commun pour parler de coaction. En effet, deux individus, poussés par le même mobile, peuvent ne pas engager la même détermination et avoir chacun une représentation de la scène si différente que parler de coaction est impossible.

917. *Illustration jurisprudentielle.* Pour illustrer nos propos, nous pouvons rapporter un arrêt du 28 juillet 1969¹⁷⁸¹, dans lequel la Cour de cassation a semblé faire une confusion malheureuse entre mobile et détermination. En l'espèce, un individu s'était posté devant un camion pour barrer la route afin que ses occupants lui règlent sa marchandise. Le chauffeur du véhicule, à la demande de son passager, en était alors descendu et avait poussé violemment le créancier, qui était tombé au sol. Le passager, ayant pendant ce temps pris la place du conducteur, a alors démarré le camion et a blessé le créancier à la jambe. En première instance, le premier chauffeur fut condamné pour violences volontaires, et le second, passager puis conducteur, pour coups et blessures volontaires. La cour d'Angers ne retint contre ce dernier que le délit de blessures involontaires de l'article 320 de l'ancien Code pénal, au motif selon lequel la précaution qu'il avait prise - faire descendre le chauffeur du camion afin qu'il écarte le créancier du camion - était incompatible avec l'intention de porter atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. Elle ajoutait, en outre, que le passager et second conducteur, lorsqu'il avait démarré le véhicule, « ne savait pas que [le créancier], qu'il ne voyait plus, se trouvait sur son chemin ». Les infractions commises par chacun étaient donc dissociées pour les juges du fond. Cependant, la Cour de cassation a cassé la décision, lui reprochant d'avoir « arbitrairement dissocié l'événement final, d'une série de faits dont il était la conclusion et dont elle établissait le caractère intentionnel ». De plus, « les faits retenus à la charge d[u premier conducteur] et ceux relevés à l'encontre d[du second], ayant été commis dans le même trait de temps, dans le même lieu et ayant été déterminés par le même mobile, les juges d'appel ne pouvaient attribuer aux premiers un caractère intentionnel et aux seconds une cause involontaire ». Ainsi, pour la chambre criminelle, les actes accomplis par les protagonistes entendus comme coauteurs, sont

¹⁷⁸⁰E. BARON, op. cit., n° 1401, pp. 128-129.

¹⁷⁸¹Cass. crim., 28 juillet 1969, B. crim. n° 239.

indivisibles¹⁷⁸², le raisonnement s'appuyant sur la connexité des actes et l'identité des mobiles. Or, si les individus ont démontré le même mobile – celui de faire avancer le camion – et s'ils ont participé en apparence à la même infraction, ils n'avaient manifestement pas la même représentation de la scène infractionnelle au moment où le créancier a été blessé. C'est ce que les juges du fond ont relevé en cherchant à apprécier, sans la nommer, si la représentation de chacun des agents était la même : l'un avait eu une représentation d'une scène de violences volontaires, à la différence de l'autre qui n'en avait pas la capacité puisqu'il « ne savait pas que [le créancier], qu'il ne voyait plus, se trouvait sur son chemin ». C'est pourquoi ils ont conclu à deux infractions distinctes.

Nous adhérons à ce raisonnement de fond car il nous semble que la solution de la Cour de cassation s'est arrêtée au mobile et à la détermination commune initiale - écarter le créancier pour passer - pour en déduire que les agents ont agi par la suite en coaction alors même que la scène avait évolué et que seul l'un d'entre eux pouvait se la représenter. Si les actes ici s'inscrivent dans une même scène matérielle, il ne nous semble donc pas opportun d'en déduire une même représentation chez les participants.

918. ***Une détermination tournée vers un même résultat infractionnel.*** Pour une partie de la doctrine, l'indivisibilité des actes infractionnels ne doit pas conduire nécessairement à une unité de qualification, ce que la jurisprudence, traditionnellement, refuse d'ailleurs¹⁷⁸³. M. le Professeur Yves MAYAUD remarque ainsi que dans la décision de la Cour de cassation citée précédemment, « le raisonnement consiste à exploiter l'unité de temps, de lieu, et de dessein, dont relèvent deux comportements séparés, afin de les ramener à une qualification commune. Or, une telle indivisibilité ne saurait avoir cet effet, tout simplement parce que des actions peuvent être commises dans un contexte unitaire, sans pour autant relever d'une même dimension coupable : les trois unités, de lieu, de temps, et de mobile, ne sauraient détruire ce que les comportements, au-delà de ce qu'ils partagent, peuvent avoir de distincts, tant dans leur matérialité, que quant à la culpabilité de leur auteur. Les faits relatifs à l'espèce le prouvent : autant l'un des deux prévenus peut avoir eu l'intention de violenter son adversaire, autant l'autre

¹⁷⁸² A la différence de la connexité (art. 203 C. proc. pén.), l'indivisibilité n'est pas définie par le Code de procédure pénale. C'est deux notions sont d'ailleurs parfois rapprochées car toutes deux entraînent une prorogation de compétence des juridictions (V. sur ce point E. BARON, op. cit., n° 376 et s.). V. M. GOBERT, *La connexité dans la procédure pénale française* : JCP G 1961, I, 1607. Pour l'auteur, l'indivisibilité existerait lorsque les faits commis sont liés par une relation plus étroite que celle résultant de la connexité, l'indivisibilité renvoyant à une unité spatio-temporelle à laquelle s'ajoute une unité de dessein ou un lien de cause à effet entre les faits reprochés.

¹⁷⁸³ V. par ex. Cass. crim., 15 mars 2006, B. crim. n° 78.

n'a pu l'atteindre que par imprudence... »¹⁷⁸⁴. Ainsi, des différences entre les individus peuvent subsister malgré la réunion des trois unités, tant dans la matérialité de leurs comportements que dans la culpabilité des agents¹⁷⁸⁵. M. le Professeur MAYAUD souligne bien que ce n'est pas la connexité ni même l'indivisibilité des actes qui caractérisent la coaction.

Il faut démontrer l'existence, chez tous les agents, de la même représentation de la scène infractionnelle, dont on pourra déduire l'intentionnalité commune du groupe. En participant à la même infraction avec la même détermination à produire un résultat délictuel, les coauteurs démontrent qu'ils ont tous parfaitement connaissance de la scène qui se joue et de la manière dont « ils doivent se conduire » les uns par rapports aux autres.

919. *Un savoir commun des coauteurs.* Au vu de ces éléments, nous retrouvons ici le premier critère d'un agir mimétique, le savoir commun entre les participants. Dans la coaction, ce savoir commun est le résultat d'une entente, que le juge devra apprécier au regard des éléments matériels de l'infraction

2) *L'entente pour la coopération mutuelle tournée vers un même objectif*

920. *Entente et coopération dans la coaction.* Indéniablement, les coauteurs doivent s'entendre pour que leur groupe puisse agir en coopération, peu importe que cette entente soit préparée à l'avance ou instantanée. La jurisprudence parle d'un agir « avec connivence », d' « **une coopération passagère** ». Les coauteurs doivent participer à une « **action concertée** » en vue de commettre l'infraction. Autrement dit, ils doivent avoir **coopéré mutuellement aux fins d'une même détermination, révélant une entente**. Celle-ci peut avoir pour objet les actes à accomplir – tel que le fait de voler ou ne pas intervenir¹⁷⁸⁶ – ou seulement le résultat attendu de l'agissement du groupe – telle la mort d'un individu. La coopération mutuelle démontre alors nécessairement l'intention de chaque participant à agir ensemble. Il ne s'agit pas d'imposer une entente absolue mais « une véritable adhésion quant aux circonstances

¹⁷⁸⁴Y. MAYAUD, *Violences volontaires*, Rép. pén., 2008, n° 68.

¹⁷⁸⁵V. E. BARON, op. cit., n° 140, p.128. L'auteur remarque que « d'ailleurs, en jurisprudence, l'indivisibilité n'a jamais eu pour conséquence l'identité de qualification, en particulier car des faits commis par une seule personne peuvent tout à fait être indivisibles et relever de plusieurs qualifications pénales. Ainsi, les délits de bris de clôture et de coups volontaires commis par un individu afin de réaliser un vol sont indivisibles ».

¹⁷⁸⁶La coaction peut effectivement être le fait d'agir comme de ne pas agir, c'est-à-dire une commission ou une omission.

de l'infraction »¹⁷⁸⁷, c'est-à-dire un dol général : une intention de commettre des actes illicites, ensemble. Les coauteurs doivent s'être accordés sur l'infraction dans son ensemble, sur une même représentation de la scène, et la volonté d'agir ensemble. Chacun d'eux doit être conscient de la participation des autres à l'infraction et désirer coopérer, c'est-à-dire agir dans le même sens. Cette volonté et cette entente morale réciproque est la condition de la « réussite » de l'infraction, tout comme la coopération est, selon M. le Professeur Christoph WULF, la condition du succès d'un agir mimétique. La preuve de cette entente morale dépendra alors de l'agissement intentionnel de chaque participant dans la commission de l'infraction.

3) *Réciprocité des actes conjugués et indépendance morale des coauteurs : des agissements se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente*

921. Eléments matériels de l'infraction, ce sont les agissements de tous les membres du groupe qui démontrent, par leurs interactions, qu'ils se sont entendus à coopérer pour commettre une infraction que chacun d'entre eux avait l'intention de commettre pour soi.

Les coauteurs sont liés par une dépendance matérielle, tout en affirmant une indépendance morale et la combinaison de ces deux conditions semble bien démontrer qu'ils évoluent dans une scène d'agir mimétique (a) dont il conviendra cependant d'examiner les modalités d'expression comportementale, qui peuvent comprendre des comportements d'imitation (b).

a) *Des agissements conjugués et équivalents, inscrits dans une scène mimétique*

922. *Une équivalence des participations individuelles à la coaction.* Les coauteurs font preuve d'une indépendance morale parce que chacun doit être une cause déterminante dans la réalisation de l'infraction. Cette autonomie est indispensable « afin que l'influence de chacun puisse être considérée comme équivalente »¹⁷⁸⁸, les actes de chaque coauteur étant d'égale importance pour l'aboutissement de l'activité délictuelle. C'est sur ce point notamment que la coaction se distingue de la complicité par aide ou assistance de manière concomitante. Le complice ne participe pas à l'infraction au même titre que le coauteur, parce que ses actes ne

¹⁷⁸⁷E. BARON, op. cit., n° 141, p. 129.

¹⁷⁸⁸E. BARON, id., n° 318, p. 262.

sont en aucun cas équivalents à ceux de l'auteur principal. Et s'il aide à la commission de l'infraction d'autrui, cette aide n'est pas réciproque, contrairement à ce qui se passe en coaction.

923. *Des actes simultanés et conjugués par assistance réciproque.* La coaction exige une résolution d'agir ensemble simultanément. La jurisprudence considère qu'il existe, entre les coauteurs, une « assistance réciproque » et une aide « concomitante ». M. le Professeur Dominique Allix va jusqu'à évoquer l'idée d'une « représentation dans l'action »¹⁷⁸⁹ entre coauteurs, chacun ayant « la qualité de mandants et mandataires mutuels ». Pour lui, « lorsque l'un accomplit les gestes, partiellement en quelque sorte, pour le compte de l'autre, lequel en retour accomplit d'autres gestes, qui profiteront partiellement au précédent : l'idée de solidarité, de représentation mutuelle, surgit »¹⁷⁹⁰. Sans aller jusqu'à la comparaison de la coaction à un mandat¹⁷⁹¹, il nous semble que cette description évoque bien l'idée **d'agissements se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente.**

924. *La coaction, un agir mimétique horizontal.* Cette dernière condition, liée à une représentation commune de la scène infractionnelle, à la détermination commune et l'entente à coopérer dans la commission d'une infraction unique, confère à la coaction toutes les caractéristiques d'un agir mimétique horizontal. Dans cette mesure, il n'est pas étonnant qu'elle puisse parfois s'exprimer par des imitations comportementales, renforçant l'effet d'indivisibilité qui aura des conséquences sur les difficultés d'appréciation de la scène infractionnelle.

b) *La coaction indifférente à l'imitation comportementale sauf à affecter la lisibilité de la scène délictuelle*

925. *Insignifiance de l'imitation comportementale.* Nous avons vu que la coaction, dans sa matérialité, exige l'accomplissement par tous les participants des actes correspondant aux éléments constitutifs de l'infraction, à défaut de quoi il ne pourrait être que complice. Puisque

¹⁷⁸⁹D. ALLIX, *Essai sur la coaction*, op. cit., n° 26 et 36.

¹⁷⁹⁰D. ALLIX, id., n°37, pp. 32-33.

¹⁷⁹¹V. E. BARON, op. cit., n° 13, p. 23. Selon l'auteur, bien que séduisante, l'analyse paraît déraisonnable, au regard de la définition juridique de la représentation, et qu'il est dommage de comparer le crime à un contrat. V. aussi J. CARBONNIER, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*, JCP 1952, I, 1034. Pourtant, D. ALLIX va jusqu'à étendre sa définition de coaction pour considérer le provocateur comme coauteur car il est représenté. Point auquel nous n'adhérons pas. Nous pensons à un mode de participation autonome. V. *infra* n° 1262 et s.

les coauteurs participent à la même infraction, le juge devra constater les actes de chacun afin de les qualifier, nous l'avons vu, en une infraction unique. La coaction suppose, effectivement, une identité de qualification entre coauteurs, à la différence de la complicité.

Identité de qualification ne signifie pas nécessairement identité des actes accomplis. Parce qu'elle est avant tout un agir mimétique horizontal entre des individus qui coopèrent et se réfèrent les uns aux autres, la coaction peut comprendre des actes différents mais coordonnés, comme des comportements ressemblants voire identiques. Dans les deux derniers cas, nous pouvons parler d'**imitation plurilatérale** et nous demander si l'imitation comportementale a une incidence sur la caractérisation de la coaction.

926. *Matérialité de l'acte indifférente*. Force est de constater que le législateur n'impose pas une matérialité particulière pour la caractérisation de la plupart des infractions. Les textes d'incrimination ne retiennent pas une conception matérialiste de l'infraction et demeurent larges dans leur rédaction, *a fortiori* pour la circonstance aggravante de réunion dans laquelle on retrouve la coaction¹⁷⁹².

Par exemple, l'article 311-1 du Code pénal définit le vol comme « une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » et il est enseigné que cette infraction consiste à « prendre, enlever, ravir »¹⁷⁹³ la chose d'autrui. Le fait ici désigné par le texte peut donc tout à fait renvoyer à différents comportements¹⁷⁹⁴. De même, les articles 222-7 et suivants du Code pénal relatifs aux violences ne les définissent pas en termes de comportements mais en fonction des atteintes qu'elles ont pu porter à l'intégrité de la personne. Ainsi, là encore, divers actes pourront être qualifiés de violences.

Cette prise de position rédactionnelle est pertinente dans la mesure où, d'une part, il serait impossible pour le législateur de prévoir une incrimination différente pour toutes les composantes des comportements délictueux. Et d'autre part, il serait contraire à la réalité criminologique et juridique d'imposer un raisonnement strict et restreint des textes. Une

¹⁷⁹²Dans la limite de prévoir l'interprétation stricte des textes en droit pénal.

¹⁷⁹³Cass. crim., 18 novembre 1837, B. crim n° 405.

¹⁷⁹⁴V. sur ce point O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, n° 356, p. 198. Pour l'auteur, « chaque respiration, chaque clignement des yeux, chaque mouvement des membres du voleur est un fait distinct, qui pourrait lui-même être décomposé en de multiples éléments – tels que chaque contraction musculaire-, eux-mêmes encore divisibles – une contraction musculaire implique notamment le mouvement de plusieurs tissus organiques. L'énumération pourrait être poursuivie de la sorte jusqu'à une échelle infiniment petite. Par conséquent, on trouve ici illustrée l'idée, déjà rencontrée, selon laquelle tout événement ne fait pas sens en matière pénale. La qualification pénale assure son homogénéité en rattachant la matière du comportement délictueux à une catégorie connue. Partant, elle permet de le mesurer ».

rédaction large permet au juge de pouvoir constater différents comportements pour qualifier une même infraction. Par exemple, dans un vol impliquant deux individus, il est difficile d'exiger que dans la pratique chaque voleur se soit emparé matériellement du bien convoité. Les investigations démontreront plus probablement que l'un des voleurs a soustrait le bien après que l'autre ait ouvert le coffre qui le contenait. Selon la jurisprudence, dans une telle situation, les deux voleurs se seront rendus coupables de vol au sens des articles 311-1 et 311-4 du Code pénal, agissant au titre de coauteurs et non d'auteur principal de vol (pour celui qui aura soustrait matériellement le bien) et de complice (pour celui qui en aura simplement ouvert le contenant)¹⁷⁹⁵. Tous deux auront agi en coaction¹⁷⁹⁶, alors que les comportements n'étaient ni identiques ni ressemblants.

L'indifférence à la matérialité de l'acte a donc deux conséquences sur la caractérisation d'une coaction relativement au concept d'imitation. D'une part, pour caractériser une coaction il n'est pas nécessaire de constater une imitation comportementale, identique ou ressemblante. D'autre part, c'est la complémentarité des actes commis dans le cadre d'une détermination commune et l'entente à coopérer pour poursuivre le même résultat qui démontrent la coaction, soit l'établissement que les coauteurs agissent mimétiquement, en se référant l'un à l'autre de manière complémentaire et équivalente. A partir du moment où le résultat infractionnel n'aurait pu être obtenu sans la présence de tous les agents qui témoignent d'une même intentionnalité et que manifestement ils se sont entendus à coopérer, la coaction est démontrée.

927. *Imitation circonstancielle.* A priori, l'imitation comportementale n'est qu'une circonstance de fait qui n'a aucune incidence dans la caractérisation de la coaction. Elle ne semble pas être une donnée de compréhension de la qualification de l'infraction commise en réunion. Elle n'est **qu'une des expressions corporelles de la coaction**¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁵C'est d'ailleurs dans ce sens que dans un arrêt du 9 avril 1813 (Crim. Sirey Chronologique), les juges ont pu considérer le guet comme coauteur et non complice. Cet argument a perdu tout intérêt du fait que la réunion aujourd'hui s'applique pour tous les participants à une infraction sans distinction (coauteur/complice). V. également CA Caen, 31 octobre 2007, n° 07/0085.

¹⁷⁹⁶V. par ex. Cass. crim., 24 août 1827, B. crim. n° 224 ; Cass. crim., 7 décembre 1954, D. 1955. 221.

¹⁷⁹⁷D'ailleurs, cette affirmation se retrouve pour les infractions d'habitude ou les infractions complexes. La première exige pour sa caractérisation la répétition d'au moins deux actes identiques (V. notamment C. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, Thèse Bordeaux IV, 2011, n° 13). Au-delà de pouvoir s'interroger sur une éventuelle « imitation de soi », qui ne fait pas l'objet de cette étude, se pose la question de savoir si la personne qui prendrait part à l'un au moins des deux actes accomplis par un autre peut être considérée comme coauteur. Ou faut-il qu'il soit présent pour les deux actes ? Il semble qu'il soit possible d'envisager que la présence d'un individu, après entente, lors d'au moins un de ces actes permette de caractériser une concomitance et donc une coaction (E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 288, p. 237. L'auteur donne un exemple : « la personne qui prendrait part à l'établissement d'un diagnostic une unique fois tout en sachant que son associé a commis un tel acte au moins deux fois pourrait alors encourir la

Pour autant, l'imitation n'est pas sans conséquence sur certaines scènes infractionnelles de coaction, dans la mesure où elle peut en affecter la lisibilité.

928. *Incidence de l'imitation comportementale sur la lisibilité de la scène délictuelle.* Dans l'exemple précédemment cité¹⁷⁹⁸, le raisonnement du juge serait le même si les deux individus avaient ensemble ouvert le coffre et, ensemble s'étaient emparés du bien convoité. La coaction aurait été caractérisée tout autant par des éléments matériels et moraux que nous avons rapprochés d'un agir mimétique et le fait qu'elle comporte une imitation plurilatérale horizontale aurait été indifférent à la mise en évidence d'une infraction unique¹⁷⁹⁹. Peu importe en effet pour caractériser un vol d'individualiser les actes de chacun des coauteurs, le résultat du délit dépendant souvent d'une combinaison d'actes qu'un seul aurait pu commettre et que la pluralité a seulement permis d'effectuer simultanément, donc plus facilement ou plus rapidement.

Il en va tout autrement pour les infractions qui imposent de rattacher un acte à un résultat, comme dans le cas des atteintes volontaires à la vie d'une personne - le meurtre – ou les atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique d'une personne – les violences.

Lorsque ces infractions sont commises en réunion, si les actes de chacun des protagonistes sont bien différenciés, il apparaît assez facile de rattacher l'acte d'un seul à un dommage – la mutilation ou la mort de la victime par exemple.

A l'inverse, si les actes sont conjugués et a *fortiori* s'ils sont la répétition à l'identique ou ressemblante du même comportement, il devient impossible d'imputer le résultat fatal à un seul et délicat de l'attribuer d'emblée à tous, ce raisonnement revenant à présumer d'une volonté partagée sans la démontrer et sans la relier aux actes individuels.

En ce sens l'imitation plurilatérale illicite confronte le droit à des difficultés de lecture

sanction prévue par l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique »). Dans ce sens, celui qui assisterait une personne qui pratique illégalement la médecine – infraction d'habitude - lors d'un premier acte, se rendrait également coupable de cette infraction, en tant que coauteur. Cette participation à l'exercice illégal de la médecine n'impose aucunement une imitation des deux individus. En outre, l'infraction complexe exige pour sa caractérisation l'accomplissement d'au moins deux actes distincts pour sa constitution (V. également L. ROUSVOAL, *L'infraction composite, Essai sur la complexité en droit pénal*, Thèse Rennes, 2011, n° 384 et s.). Prenons l'exemple de l'escroquerie. Celui qui accompagne par exemple la manœuvre frauduleuse, mais non la remise, se rend-t-il coupable au même titre que son acolyte d'escroquerie ? La jurisprudence ne semble pas s'y opposer. Pour M. Éliane Baron, « dès lors qu'un individu est présent lors de la réalisation de l'un seulement des actes de l'infraction, cette dernière est toujours dans sa phase d'exécution. Ainsi, il est envisageable de considérer qu'il a agi de façon simultanée avec autrui, et la question évoquée précédemment devrait trouver une réponse positive. Si les autres conditions en sont réunies, la coaction serait alors envisageable » (E. BARON, *ibid.*). On le perçoit ici encore, l'acolyte, pour qu'il soit considéré comme coauteur n'a pas nécessairement à avoir accompli les mêmes actes matériels que son comparse.

¹⁷⁹⁸V. *supra* n° 926 l'exemple des deux voleurs.

¹⁷⁹⁹V. *supra* n° 910 et s.

et de compréhension de la scène délictuelle qui peuvent paraître insurmontables. Elle impose au juge de recourir à des raisonnements et des solutions de contournement qui peuvent être critiquées, mais dont l'une nous paraît reposer sur une juste présentation des phénomènes mimétiques à l'oeuvre dans un groupe délictuel. Il s'agit de **la théorie de la scène unique de violences, conçue comme un agir « en coaction », c'est-à-dire mimétique et donc parfois imitatif.**

929. ***Pour conclure sur la coaction et la mimésis sociale.*** En comparant les critères de l'agir mimétique à ceux de la coaction, nous avons pu constater que la coaction correspond bien à une activité mimétique horizontale. Les participants coopèrent mutuellement pour « agir » une même représentation de la scène infractionnelle en se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente. Ils ajustent chacun leur comportement au regard des autres afin de poursuivre une détermination commune. Lorsque ces agissements correspondent à une imitation plurilatérale entre les membres du groupe, et bien que ce comportement soit indifférent à la caractérisation d'une coaction, il peut avoir une incidence sur la lisibilité de la scène infractionnelle. **Car l'imitation produit des effets qui entraînent ou renforcent l'indivisibilité des actes de tous les participants**, alors que certaines infractions imposent de démontrer le lien de causalité entre un acte, et non une activité commune, et un résultat.

C'est par l'étude des solutions jurisprudentielles apportées à des situations infractionnelles de violences collectives, et en particulier celles qui comportent des comportements d'imitation entre les protagonistes que nous illustrerons l'intérêt de la théorie de la scène unique de violences pour dépasser certaines difficultés d'appréciation.

B. Théorie de la scène unique de violences et interprétation des violences collectives à l'aune du concept d'imitation

930. ***Les violences volontaires.*** Les articles 222-7 à 222-16 du Code pénal visent l'ensemble des violences de nature à constituer des atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. Ces infractions exigent soit un contact direct avec la victime - tel des coups portés volontairement – et on parlera de violences physiques, soit un comportement « à distance » - tel l'envoi d'une lettre - qui déstabilise la personne, « l'impressionne vivement » en lui faisant subir « un choc émotif », ou « une perturbation psychologique », constituant une

atteinte à l'intégrité psychique¹⁸⁰⁰. Ainsi, il importe peu que la violence ait atteint matériellement le corps de la victime. Par ailleurs, l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique n'a pas à être simultanée ou concomitante de l'acte ou du comportement violent.¹⁸⁰¹ Les juges devront nécessairement constater un dommage particulier, une atteinte effective à l'intégrité physique ou psychique de la victime en lien avec le comportement incriminé.

931. ***Les violences mortelles exclusives d'une intention de tuer la victime.*** Les violences volontaires peuvent entraîner une incapacité totale de travail, des mutilations ou infirmités permanentes, voir la mort de la victime « sans l'intention de la donner », selon l'article 222-7 du Code pénal. Ce qui veut dire que si toute violence est volontaire, le résultat de l'infraction a pu dépasser l'intention de l'agent. Celui-ci avait l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime, mais pas celle d'attenter à sa vie. Du point de vue de l'intention de donner la mort, Mme Le Professeur Valérie MALABAT rapporte que « seul le meurtre est une infraction intentionnelle ; quant aux violences volontaires ayant entraîné la mort, en effet, si l'acte qui les caractérise est volontaire, le dommage atteint n'a pas été voulu, de telle sorte que relativement du moins au résultat pénal, il ne peut s'agir que d'une infraction d'imprudence »¹⁸⁰². Cette distinction est importante car elle signifie que lorsque l'infraction est mortelle, et si elle est intentionnelle quant aux actes matériels (ce qui exclut l'homicide involontaire), seule la présence ou l'absence d'une intention de donner la mort déterminera la qualification en meurtre ou en violences mortelles.

¹⁸⁰⁰V. par ex. Cass. crim., 2 septembre 2005, B. crim. n° 212, RSC 2006. 69, obs. Y. MAYAUD, « Le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique ».

¹⁸⁰¹V. sur ce point Y. MAYAUD, *Violences volontaires*, op. cit., n° 29.

¹⁸⁰²V. sur ce point V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 45, p. 44. Le Professeur Valérie MALABAT explique que « seul le meurtre peut recevoir cette qualification *a priori* (d'intentionnel). Il n'est en effet constitué que si la mort de la victime a été donnée volontairement, selon le texte même de l'article 221-1 du Code pénal. Plus précisément, l'auteur de l'acte doit avoir donné la mort en connaissance de cause. Il ne suffirait pas qu'il ait seulement frappé volontairement la victime, et que ce coup ait entraîné son décès. Dans cette hypothèse, si le coup est bien volontaire, cela n'implique pas que le résultat pénal de l'infraction, à savoir la mort de la victime, a été désiré. Dès lors, si tel n'est pas le cas, cet agissement ne peut tomber que sous la qualification de violences mortelles", c'est-à-dire ayant entraîné la mort sans intention de la donner au sens de l'article 222-7 du Code pénal. Les crimes de meurtre et de violences mortelles ne se distinguent donc que par la nature de leur élément moral ». L'auteur remarque qu'il ne faut pas confondre intentionnel et volontaire, sinon "pourquoi le législateur a ressenti le besoin d'incriminer les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner". Le Professeur Valérie MALABAT cite notamment J.-M. GONNARD qui, différemment, considère que le mot « volontairement » signifie « intentionnellement ». V. J.-M. GONNARD, *Violences*, art. 222-7 à 222-16, J.-Cl. Pénal, fasc. 10, n° 32.

932. ***Les violences volontaires en réunion.*** L'infraction de violences peut être commise par plusieurs participants. Dans ce cas la pluralité est appréhendée par la circonstance aggravante de la réunion de « plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices » aux articles 222-8 8° du Code pénal pour les violences mortelles, 222-12 8° pour celles ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours et 222-13 8° pour celles ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou aucune incapacité de travail.

Les textes ne mentionnent pas le terme de coauteur et toutes les violences commises à plusieurs ne relèvent pas d'une coaction. Nous avons vu que des actes, lorsqu'ils sont inscrits dans unité de temps, de lieu et de mobile, pouvaient apparaître indivisibles et poser des difficultés d'appréciation de la participation de chacun des protagonistes au résultat. Devant l'impossibilité de distinguer les comportements de chacun ou, s'ils sont différenciables, d'imputer le résultat à l'agissement d'un seul, le juge devra recourir à certaines notions et raisonnements afin d'appliquer la sanction adéquate.

Nous nous intéresserons plus particulièrement ici aux situations où des violences volontaires ont été infligées à une ou plusieurs victimes par plusieurs individus agissant ensemble.

933. ***Les difficultés d'appréciation de certaines violences volontaires commises en réunion.*** Lorsque des violences volontaires sont commises simultanément par plusieurs individus, elles peuvent être facilement saisies par le droit ou poser de véritables problèmes de compréhension de la scène délictuelle. Plusieurs cas de figures peuvent alors se présenter :

Est aisément lisible la scène où une ou plusieurs personnes subissent des violences infligées par plusieurs agresseurs, agissant ensemble et simultanément et dont il est possible d'individualiser les actes. Les atteintes à l'intégrité de la ou des victimes constatées étant le résultat de l'action conjuguée de tous mais mutuelle, il s'agit alors d'une infraction unique de violences volontaires commise en réunion¹⁸⁰³. L'intervention causale est bien établie, « leur participation étant l'indice d'une délinquance qui leur est propre »¹⁸⁰⁴. Tous les intervenants sont identifiés quant à leur rôle causal - qui implique alors une divisibilité des comportements de tous les membres d'un groupe délictueux. **L'agir mimétique est bien présent ; la**

¹⁸⁰³Et plus précisément, selon nous par imitation. Mais ce comportement, nous l'avons vu, n'est pas analysé par le juge.

¹⁸⁰⁴Y. MAYAUD, *Violences volontaires*, op. cit., n° 59 et s.

participation délictuelle n'est pas confuse, il s'agit bien d'un cas classique de coaction.

En revanche, il arrive que les actes des agents soient si entremêlés qu'il devient délicat de comprendre la participation individuelle de chacun au groupe délictuel et de préciser l'auteur du dommage ou de déterminer les conséquences respectives des différents actes réalisés, « tant les actions se fondent les unes aux autres, avec pour conséquences de ne pouvoir déceler avec précision la responsabilité qui pèse personnellement sur chacun »¹⁸⁰⁵. Tel est le cas si deux individus agressent une seule victime, causant sa mort de façon involontaire par un coup plus fort porté sur une zone vitale, sans qu'il soit possible d'identifier l'auteur du coup fatal. S'il est indéniable que les deux ont participé à la survenance du dommage, du fait même de la « fusion » des actions, il est moins certain qu'ils aient tous les deux atteint mortellement la victime. Dans de telles circonstances, les comportements entremêlés vont « échapper à toute individualisation par les circonstances même de leur réalisation »¹⁸⁰⁶.

934. ***De la diversité des solutions à l'impossible individualisation des actes.*** DUPEYRON considère que le groupe délictuel fait « écran »¹⁸⁰⁷ car il est impossible de préciser le lien de causalité exigé par le texte incriminateur, soit en rattachant le résultat dommageable à l'activité de tel ou tel individu, soit en attribuant à l'activité conjuguée des participants de la scène infractionnelle un résultat précis¹⁸⁰⁸. Plusieurs solutions sont alors envisageables pour régler ces difficultés.

935. ***Solutions possibles.*** M. le Professeur Philippe SALVAGE évoque d'abord une méthode dite « déterministe », fondée sur les sciences exactes, qui exige pour la jurisprudence que ce soit la cause qui engendre les effets¹⁸⁰⁹. Ainsi, pour condamner un individu, il faut que son comportement personnel ait été générateur du résultat délictueux. Si ce n'est pas le cas, ou s'il n'est pas possible de le déterminer, les juges pénaux ne peuvent qu'envisager la relaxe. Lorsqu'un groupe fait « écran », selon le principe de responsabilité personnelle ainsi que la règle

¹⁸⁰⁵Y. MAYAUD, *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RID pén. 1997, p. 794. ; V. également Y. MAYAUD, *Violences volontaires*, op. cit., n° 61, qui parle alors de "communauté d'action" et pour qui "commises à plusieurs, certaines violences so[...]nt si proches les unes des autres qu'il devient très difficile, voire impossible, de les démêler et de les appréhender mutuellement dans leur matérialité propre".

¹⁸⁰⁶Ibid.

¹⁸⁰⁷C. DUPEYRON, *L'infraction collective*, RSC 1973, n° 21.

¹⁸⁰⁸P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, Paris : LGDJ, 2006, n° 388, p. 155. Pour M. BON, « il est [...] impossible de savoir si le dommage final est l'aboutissement de l'activité conjuguée de tous les membres ou bien l'œuvre d'un seul d'entre eux ».

¹⁸⁰⁹Ph. SALVAGE, *Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement des responsabilités et la méthode du droit*, Dr. pén. 2005, chron. n° 3 et s.

in dubio pro reo, il ne devrait pas être possible d'engager la responsabilité de quiconque des participants à la scène faute de certitude du lien de causalité ou d'un lien hypothétique entre activité et résultat infractionnel consommant l'infraction. Cette argumentation est d'autant plus vraie pour les infractions matérielles – telles que les violences – exigeant un résultat juridique¹⁸¹⁰.

Toutefois, une telle position, suivie parfois par la jurisprudence¹⁸¹¹, est critiquable dans la mesure où la criminalité de groupe reste dangereuse. Par ailleurs, on sait qu'il y a un dommage subi par une victime. Il paraît donc inéquitable de ne pas punir – de ne pas rétablir le déséquilibre établi par la violence. Dans un arrêt récent du 24 mars 2015, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé « qu'il serait paradoxal que le fait de se réunir à plusieurs pour commettre une infraction constitue une cause d'impunité »¹⁸¹².

M. le Professeur Jean PRADEL envisage une autre solution¹⁸¹³, notamment lorsqu'il est impossible d'attribuer le coup le plus grave porté à la victime : ne pas retenir la qualification la plus grave¹⁸¹⁴. De cette manière, ceux qui n'auraient pas atteint la victime mais qui auraient accompli des actes de violences pourraient au moins être sanctionnés pour violences et voies de fait n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail, prévu par l'article R. 624-1 du Code pénal.

¹⁸¹⁰Ce lien de causalité n'est pas imposé avec même force pour toutes les infractions. Lorsqu'il s'agit de sanctionner une infraction formelle ou obstacle, dont la répression n'est pas fonction de la production du résultat redouté, la recherche d'un lien causal entre l'activité de l'agent et le résultat juridique de l'infraction ne présenterait pratiquement aucune utilité, ce résultat n'étant pas distinct de l'activité matérielle elle-même. L'exigence du lien de causalité est alors atténuée (P.-A. BON, op. cit., n° 334, p. 131). Cette atténuation du lien causal est donc purement légale. Toutefois, il en est différemment pour les infractions matérielles qui exigent un résultat matériel. Le droit pénal exclut la « responsabilité par appartenance » au sein d'un groupe déterminé. Pour l'engagement de la responsabilité personnelle, il ne suffit pas qu'un individu ait été présent au moment de l'infraction, sur son lieu de commission, ni même qu'il ait eu une fonction de direction (V. notamment Cass. crim., 6 février 1975, B. Crim. n° 43. A moins, par exemple, qu'il ait eu un pouvoir de commandement comme en matière militaire ; V. CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, Kononov c/ Lettonie, req. n° 36376/04, § 211). Il faut pouvoir identifier avec précision l'auteur, sinon, cela reviendrait à sanctionner des innocents, ou du moins des personnes pour lesquelles il existe un doute qui devrait leur profiter (V. notamment Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Paris : A. Colin, 4^{ème} éd., n° 40 et 41 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris : Cujas, 5^{ème} éd., n° 142 et s. ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Paris : Dalloz, 18^{ème} éd., n° 123.). Pourtant, il est certain qu'un trouble à l'ordre public ait été causé. La jurisprudence va alors atténuer la nécessité de relever un lien causal certain, au point de la contourner. « Alors que le respect d'une stricte légalité imposerait, dans de telles hypothèses, d'écarter la répression, la jurisprudence passe outre l'incertitude du lien de causalité et retient la responsabilité du ou des protagonistes mis en cause » (P.-A. BON, op. cit., n° 370, p. 147).

¹⁸¹¹V. notamment Cass. crim., 22 mars 1966, JCP G 1967, II, 14970, note A. RIEG ; RSC 1968, p. 67, obs. A. LEGAL. En l'espèce, un groupe de jeunes déclenche non intentionnellement un incendie en jetant leurs cigarettes dans une grange. La Cour de cassation, faute de pouvoir établir avec exactitude qui était à l'origine du feu, approuve les juges du fond qui ont relaxé les prévenus ; V. également CA Aix-en-Provence, 14 mars 2001, Juris-Data n° 2001-143774.

¹⁸¹²Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80024, non publié au bulletin.

¹⁸¹³V. J. PRADEL, op. cit., n° 451, p. 386.

¹⁸¹⁴V. sur ce point J. PRADEL, *ibid.*

L'auteur du coup le plus grave serait alors favorisé de façon tout aussi inéquitable.

936. ***Solution retenue par la jurisprudence.*** Pour caractériser une infraction commise collectivement qui présente une indivisibilité des actes, la jurisprudence apprécie la scène dans sa globalité et considère que les participants se sont nécessairement aidés dans l'action et sont devenus complices de celui qui a porté le coup litigieux. Ils adoptent alors une approche, selon le Professeur Philippe SALVAGE, dite « finaliste »¹⁸¹⁵, plus caractéristique des sciences humaines : « les effets ont moins à dépendre de leur cause que des objectifs que l'on cherche à atteindre »¹⁸¹⁶. Cette solution se réfère à la **théorie de la scène unique** et, sans la nommer, à la théorie de la complicité corespective.

Pour certains auteurs, si l'application de ces deux théories a pu trouver, à une époque, un certain pragmatisme dans la répression en cas d'impossibilité d'imputer le résultat dans une scène unique de violences¹⁸¹⁷, elle n'en demeure pas moins critiquable. Parce qu'elle confond les notions de coauteurs et de complicité¹⁸¹⁸ mais aussi et surtout, selon Mme Elisa BARON, parce que la notion de coaction suffit à expliquer l'engagement de la responsabilité pénale de tous les participants à la scène. Nous rejoignons l'appréciation de cet auteur tout en nous permettant d'appuyer son argumentation sur le fait que la coaction est un agir mimétique horizontal mettant en jeu des rapports de référence mutuelle entre les protagonistes qui participent activement à la mise en scène d'une représentation commune. La comparaison d'une scène unique de violence à une scène de *mimésis* sociale conduit en effet à considérer qu'elle procède d'interactions qui vont bien au-delà d'une simple complicité réciproque, et que la notion juridique de coaction suffit à appréhender (1). A partir de là, l'indivisibilité des actes de tous les participants est à comprendre comme l'effet possible de comportements d'imitation plurilatérale, expression corporelle d'une mimésis sociale (2).

¹⁸¹⁵Ph. SALVAGE, op. cit., n° 8 et s.

¹⁸¹⁶Ph. SALVAGE, id., n° 2 et n° 8. « En Droit pénal, cela implique qu'une condamnation est moins déterminée par les événements antérieurs qui sont à son origine que par les motifs qui animent le juge ou si l'on préfère le but qu'il poursuit. Pour que le ou les participants à l'infraction soient condamnés, il faut donc démontrer que leur comportement s'inscrit logiquement dans un processus qui doit nécessairement aboutir à leur répression ».

¹⁸¹⁷V. notamment Cass. crim., 15 juin 1860, S. 1861, I, p. 398.

¹⁸¹⁸V. sur ce point R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 904. Pour GARRAUD, « il est impossible qu'un individu soit à la fois coauteur et complice dans une même infraction ».

1) *La scène unique de violences : une scène d'agir mimétique et de possible imitation comportementale*

937. La notion de mimésis sociale permet de rendre lisible la scène unique de violence (a) dans laquelle les comportements créant une indivisibilité des actes sont des comportements d'imitation (b).

a) *La scène unique de violence éclairée par la notion de mimésis sociale*

938. *L'appréciation jurisprudentielle.* La jurisprudence, en cas d'impossibilité d'attribuer le résultat exact de violences volontaires commises collectivement, considère que tous les participants ont collaboré à la commission d'une infraction unique, ce qui lui permet d'apprécier dans son ensemble les faits sans qu'il soit nécessaire de préciser la nature des coups portés par chacun. Dans cette mesure, le juge pénal impute les violences commises à tous les participants, agissant au cours d'une « scène unique de violences ». Par exemple, dans un arrêt du 23 mars 1953, est jugée la situation où tous les membres d'un groupe avaient commis des violences sur une personne sans qu'il soit possible de déterminer qui avait causé parmi eux le dommage le plus grave. Selon la chambre criminelle, « lorsque les blessures ont été faites volontairement par plusieurs prévenus au cours d'une scène unique de violences, la circonstance que les blessures ont occasionné une incapacité de plus de vingt jours étant matérielle s'applique à tous ». Dans un autre arrêt du 13 juin 1972, la Cour de cassation considère également que « lorsque des blessures ont été faites volontairement par plusieurs prévenus au cours d'une scène unique de violences, l'infraction peut être appréciée dans son ensemble, sans qu'il soit nécessaire, pour les juges du fond, de préciser la nature des coups portés par chacun des prévenus à chacune des victimes »¹⁸¹⁹. Ainsi, il suffit d'apprécier l'infraction dans son ensemble et considérer que chaque protagoniste a exercé des violences sur la victime¹⁸²⁰, peu importe l'intensité de la participation individuelle. Devront être caractérisées, au moins, dans cette scène, « à l'encontre de chacune des personnes mises en examen, des charges suffisantes de participation personnelle, volontaire et directe à l'action criminelle »¹⁸²¹. Le résultat

¹⁸¹⁹Cass. crim., 13 juin 1972, B. crim. n° 195 ; RSC 1973, p. 882, obs. J. LARGUIER ; V. également Cass. crim., 10 avril 1975, B. crim. n° 90.

¹⁸²⁰V. par ex. Cass. crim., 14 décembre 1955, B. crim. n° 56 ; Cass. crim., 22 mai 1957, B. crim. n° 436.

¹⁸²¹Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80024, non publié au bulletin. « L'engagement de la responsabilité de chacun reste alors conditionné par le constat d'une participation personnelle ».

dommageable est alors indivisiblement imputable à chacun des membres du groupe à condition qu'ils aient chacun pris « une part active à l'action commune »¹⁸²².

939. *La justification des solutions jurisprudentielles.* Le recours à la scène unique se justifie pour la jurisprudence dans la mesure où les actes sont accomplis dans le même trait de temps, le même lieu et sont déterminés par la même détermination¹⁸²³. Or, selon nous, cette globalisation de la scène se justifie également dans la mesure où **elle correspond en tout point à une scène d'agir mimétique**. En effet, lors des violences collectives, les participants se sont **représentés la même scène**¹⁸²⁴ - une scène de violences volontaires - et ont **coopéré mutuellement** - entente sur la scène - pour **participer ensemble à celle-ci de façon coordonnée, complémentaire et équivalente** – agir ensemble. Peu importe d'ailleurs qu'il y ait eu préméditation ou concertation préalable¹⁸²⁵, l'entente pouvant être simultanée et concomitante à la participation groupale. Surtout, les agents ont participé à la mise en scène en **agissant les uns par rapport aux autres**. Peu importe alors le degré de participation des actants, ils se sont, au regard du concept d'imitation, référés les uns aux autres dans l'action pour accomplir leurs propres actes, telle une sorte de **communication équivalente, complémentaire et coordonnée**. Ils doivent donc tous être sanctionnés pour avoir accompli des violences en coaction. **Les participants à une scène de violences participent ainsi à une scène de mimésis sociale horizontale, qui répond en ce sens, à la définition de la coaction.**

De plus, ainsi définie, l'indivisibilité des actes d'une scène unique de violences est à comprendre comme un effet possible de comportements d'imitation plurilatérale, expression corporelle de la mimésis sociale, qui ne permettent plus de distinguer les individualités dans le « nous » agissant.

¹⁸²²Cass. crim., 23 mars 1953, B. crim. n° 103.

¹⁸²³Pour la chambre criminelle, sont indivisibles « des faits commis dans le même trait de temps, dans le même lieu, déterminés par le même mobile et procédant de la même cause ». V. Cass. crim., 13 février 1926, B. crim. n° 64 ; Cass. crim., 15 octobre 1959, B. crim. n° 435. Nous rappelons ici l'erreur à ne pas commettre de confondre la même cause/détermination et le même mobile.

¹⁸²⁴Comme nous l'avons vu, il suffit qu'ils se soient représenté la scène. Ainsi, peu importe les mobiles et peu importe le résultat qui résultera de leur comportement, c'est bien la scène qui doit être représentée.

¹⁸²⁵Cass. crim., 25 février 1975, B. crim. n° 65.

b) Une scène possible d'imitation plurilatérale

940. **Deux scènes illisibles de violences collectives.** L'application de la théorie de la scène unique de violence se justifie dans la mesure où les actes se fondent les uns aux autres. Les actions « s'inscrivent dans une dynamique commune, dont la teneur est telle que les individualités ne sont plus accessibles »¹⁸²⁶. D'après le concept d'imitation, cette solution est pertinente parce que les actes correspondent à des comportements d'agir mimétique, justifiant la sanction de tous les participants. Les arrêts en la matière recensent plus particulièrement deux types de situations. D'une part, l'atteinte à l'intégrité de la victime résulte d'actes individuels mais il est impossible de déterminer celui des coauteurs des violences qui l'a agi. Il s'agit de répondre à la question « qui a porté le coup ? » (α). D'autre part, il n'est pas possible de déterminer les conséquences respectives des différents actes réalisés : les coauteurs ont tous atteint la victime mais il est impossible de savoir le degré de participation de chacun au résultat de l'agissement antisocial, comme évoqué précédemment. Il s'agit alors de répondre à la question « qui a porté le coup le plus grave ? » (β).

α) *L'impossibilité de préciser l'auteur du dommage : une imitation parfaite*

941. **Des imitations parfaites ou de reproduction.** Lorsqu'il est impossible de préciser l'auteur du dommage, il est remarquable que les arrêts font mention de **comportements identiques accomplis par les participants**. Nous pouvons donc considérer qu'ils correspondent à des actes d'imitation parfaite. Tous ont accomplis le même acte, selon les mêmes moyens. En effet, il paraît assez difficile que les experts ne puissent pas déterminer la cause exacte de la mort résultant de violences volontaires si les agents utilisent des moyens distincts. Ainsi sont-ils entrés dans une **imitation parfaite**. Par exemple, des individus lancent des pierres sur une même victime qui est atteinte à la tête par une seule pierre¹⁸²⁷ – donc un seul agent - ou encore deux individus portent des coups de couteau mais la victime est touchée mortellement par au moins l'un d'entre eux¹⁸²⁸. La participation à un fait unique permet de considérer chaque participant comme coauteur de l'unique infraction retenue. A chacun est

¹⁸²⁶Y. MAYAUD, *Violences volontaires*, op. cit., n° 63.

¹⁸²⁷V. Cass. crim., 14 décembre 1955, B. crim. n° 566, s'agissant de deux époux ; V. également Cass. crim., 12 octobre 1961, B. crim. n° 399 ; RSC 1963, p. 103, obs. G. LEVASSEUR, s'agissant de quatre mineurs. s

¹⁸²⁸Cass. crim., 13 juin 1972, B. crim. n° 195. 2

imputé l'action du groupe. Sans même y faire référence, les juges se contentent d'un lien de causalité virtuel¹⁸²⁹, du fait de l'impossibilité de sa constatation. Cette solution nous paraît justifiée si l'on considère que dans la scène unique de violences volontaires, les agents ont accompli les mêmes actes, qui déterraient tous la même potentialité à atteindre la victime. Et il nous semble que la Cour de cassation y fait référence indirectement, notamment lorsqu'elle remarque que les « **actes étaient de même nature et concomitants** ». La similitude de nature ne pouvant reposer sur un lien de causalité observable entre actes et conséquences, elle s'applique davantage à une potentialité à aboutir à un résultat identique.

942. *Imitation parfaite et impossible individualisation des actes*. Ainsi, parce qu'ils s'imitent les uns les autres, les agents d'une scène de violences collectives contribuent à rendre impossible l'individualisation de leurs actes. C'est peut-être la raison pour laquelle la jurisprudence n'hésite pas à appliquer la théorie de la scène unique dans des situations d'homicide volontaire commis collectivement.

Par exemple, dans un arrêt du 5 octobre 1972, deux individus s'étaient entendus pour en tuer un troisième et avaient tiré sur la victime en même temps, munis chacun d'une arme à feu. Cette dernière fut atteinte d'une seule balle et il était impossible de déterminer lequel des deux projectiles avait porté le coup fatal. Ici les deux agents ont agi ensemble et réciproquement dans l'action de tuer. L'imputation exacte du résultat paraît incertaine, un seul des deux seulement ayant pu « réaliser un acte en relation causale avec la mort »¹⁸³⁰. D'ailleurs, l'un des agents avaient fait la remarque que « si l'un de nous deux a effectivement donné la mort à la victime, l'autre n'a pu tirer que sur un mort, et ne saurait donc être valablement condamné pour homicide ». Et « comme, au surplus, il est impossible de répartir précisément les rôles tenus par les deux individus, il conviendrait de ne condamner ni l'un ni l'autre »¹⁸³¹. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi en estimant que la Cour d'assises avait pu décider que le crime était commis par l'un et l'autre des accusés, appliquant ainsi la théorie de la scène unique à un meurtre avec préméditation. Les deux individus, sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude qui a causé de manière certaine le dommage, se sont donc rendus tous les deux coupables d'homicide volontaire, ayant agi de manière simultanée et avec réciprocité. Autrement dit, ils ont tous les deux été coauteurs d'un meurtre.

¹⁸²⁹P.-A. BON, op. cit., pp. 147-161.

¹⁸³⁰P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 390, p. 156 ; Ph. SALVAGE, op. cit., n° 13.

¹⁸³¹Rapporté par J. LARGUIER, *Homicide et blessures commis en groupe, crime impossible et présomption de participation ou de causalité*, RSC 1973, p. 879.

943. *Application de la tentative inefficace.* Il faut admettre que les règles régissant la tentative semblent de prime abord pouvoir expliquer l'engagement de la responsabilité des deux individus en cas d'absence de lien de causalité certain¹⁸³². En effet, la notion de « tentative inefficace » pourrait venir pallier la difficulté¹⁸³³. Plus particulièrement, une telle situation rappelle celle des infractions impossibles par application de la théorie de la tentative, l'un des agents démontrant une volonté de tuer une personne, sans savoir qu'elle est déjà morte. L'infraction impossible signifie que « son auteur ne pouvait pas la réaliser en raison d'une circonstance dont il ignorait l'existence au moment de son action »¹⁸³⁴.

Par principe, l'absence de mort causée personnellement empêche la consommation de l'infraction. Toutefois, une tentative peut être reprochée à l'agent « inefficace » puisqu'il a présenté un commencement d'exécution et son acte a manqué son effet en raison d'une circonstance indépendante de sa volonté, la mort de la victime étant déjà imputable à l'autre agent. Sur cette question, la chambre criminelle a d'ailleurs considéré en 1986¹⁸³⁵ que « commet une tentative d'homicide volontaire celui qui, croyant une personne encore en vie, exerce sur celle-ci des violences dans l'intention de lui donner la mort, le décès de la victime, antérieur auxdites violences, constituant une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur »¹⁸³⁶. Si l'on applique cette solution à l'espèce précitée de 1972¹⁸³⁷, il y a bien eu un commencement d'exécution caractérisé par les éléments intentionnel et matériel - le tir. Il n'est pas question de désistement puisque l'individu a effectivement accompli l'acte ; et l'impossibilité est indépendante de l'agent puisque la mort est survenue par l'intervention de son comparse. Or, selon l'article 121-4 du Code pénal, est considéré comme auteur celui qui tente de commettre un crime.

Les notions de tentative et plus particulièrement d'infraction impossible pourraient donc expliquer la sanction des deux membres du groupe malgré l'impossibilité d'imputer la mort avec certitude. Toutefois l'arrêt n'en faisait aucune mention. Pour M. le Professeur Jean LARGUIER,

¹⁸³²V. sur ce point P.-A. BON, op. cit., n° 390 et s., p. 156.

¹⁸³³V. notamment R. SALEILLES, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable*, Rev. pénit. 1897, pp. 53 et 321.

¹⁸³⁴V. D. REBUT, *Tentative*, Rép. pén., 2009, n°46. L'auteur explique qu'« il s'agit d'une hypothèse distincte de l'infraction manquée parce que l'échec de l'infraction était inéluctable en raison ou bien de l'inefficacité des moyens utilisés pour la commettre ou bien, plus fondamentalement, de l'inexistence de l'objet à l'encontre duquel elle a été commise ».

¹⁸³⁵Cass. crim., 16 janvier 1986, B. crim., n° 25, D. 1986. 265, note J. PRADEL, JCP 1987, II, 20774, note G. ROUJOU DE BOUBÉE.

¹⁸³⁶Cass. crim. 16 janv. 1986, PERDEREAU, préc.

¹⁸³⁷Cass. crim., 13 juin 1972, préc.

« sans doute aussi doit-on remarquer que la chambre criminelle n'a pas entendu résoudre le problème général de la tentative de meurtre impossible commise par un seul individu »¹⁸³⁸. La jurisprudence n'a admis la répression de la tentative de meurtre impossible qu'en 1986. Depuis, il est tentant d'appliquer la tentative pour pallier l'insuffisance de la certitude du lien de causalité, dans la limite des crimes et délits pour lesquels le législateur a prévu de sanctionner la tentative. Cette thèse est séduisante notamment parce que l'intention coupable et les actes d'exécution restent évidents. Celui qui tente l'impossible présente effectivement et certainement un état d'esprit dangereux qu'il convient de sanctionner. Par l'accomplissement simultané d'actes identiques ou quasi-identiques, après concertation, les différents auteurs ont fait preuve d'un agir mimétique comportant une imitation plurilatérale qui a eu pour effet de confondre leur rôle dans la scène d'agissement du groupe. Ils démontrent tous les deux la même dangerosité – dans son versant psychologique – *animus necandi* – mais également matériel – tirer de concert sur une personne. Quant au résultat, la probabilité que des actes identiques ou quasi-identiques puissent provoquer la mort est assez importante pour considérer une telle utilisation de la notion de tentative non contestable. Si le commencement d'exécution de l'agent avait été mené à son terme, comme son comparse, il aurait forcément réussi son forfait. La mort potentielle procède du moyen lui-même, et celui-ci en a été l'instrument déterminant. Nous retrouvons ici la logique de la notion de tentative – et d'infraction impossible – qui autorise à punir un acte tendant vers un résultat d'une potentialité certaine.

944. ***Critique de l'application de la tentative et de l'infraction impossible.*** Si cette thèse est soutenue par certains auteurs¹⁸³⁹, d'autres s'opposent à la considération du meurtre impossible¹⁸⁴⁰. En effet, il paraît assez contestable de considérer une atteinte à la vie d'un mort et donc « de tenter de le faire »¹⁸⁴¹. Pour M. le Professeur Yves MAYAUD, « ce qu'il n'est pas possible de réaliser en plénitude, il est pareillement impossible de le réaliser en partie. Du moins la rigueur intellectuelle impose-t-elle cette conclusion, sauf à verser dans l'incohérence »¹⁸⁴².

¹⁸³⁸J. LARGUIER, *Homicide et blessures commis en groupe, crime impossible et présomption de participation ou de causalité*, op. cit., p. 881.

¹⁸³⁹Soutenue notamment pendant la seconde moitié du siècle dernier, et largement accueilli par R. SALEILLES.

¹⁸⁴⁰V. notamment M. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris : H. Plon, 1863-1864, t. 1, 3^{ème} éd., n°1004 à 1006. ORTOLAN distingue entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative. L'objet de l'infraction n'existant pas, le meurtre d'un cadavre n'est pas possible. GARRAUD, quant à lui, distingue l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit. La première n'exclut pas la répression, à la différence de la seconde. (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris : Sirey, 1916, 3^{ème} éd., t. 1, n° 242).

¹⁸⁴¹V. notamment Y. MAYAUD, *Meurtre*, Rép. pén., 2006, n° 308.

¹⁸⁴²Y. MAYAUD, op. cit., n° 310. L'auteur semble toutefois relativiser la position de la jurisprudence quant au meurtre impossible : « appuyée par l'*animus necandi*, cette amorce de réalisation rejoint d'autant plus facilement l'anticipation de la tentative, que celle-ci n'a nullement pour raison d'être de sanctionner un acte

Dans le même sens, M. le Professeur Philippe CONTE considère que la victime doit nécessairement être vivante. « Un cadavre n'est plus une personne et relève, tout au plus, des qualifications qui le protègent spécifiquement » tel que les articles 225-18 et 225-18-1 du Code pénal relatif à l'atteinte à l'intégrité du cadavre¹⁸⁴³.

Nous adhérons à ces arguments, et il nous semble par conséquent que la théorie de la scène unique de violence constitue une meilleure justification que la tentative à l'imputation commune de l'infraction. Car elle semble davantage rendre compte d'une réalité sociale, un agir mimétique où chacun des agents se comporte en référence aux autres. Tout se passe comme si le résultat de l'un suffit à la réussite de l'action du « nous », c'est-à-dire de l'ensemble des protagonistes.

La chambre criminelle dans un arrêt récent du 24 mars 2015¹⁸⁴⁴ a réitéré sa solution dans une scène unique de violences dont la victime est décédée.

945. Du point de vue de l'imitation en jeu dans ces situations délictuelles ou criminelles, nous constatons que l'imitation plurilatérale produit un effet de confusion, comparable à celui que nous avons constaté dans les situations d'imitation unilatérale. Parce qu'elle est réciproque, l'imitation plurilatérale conduit à confondre les identités des imitateurs et, s'ils participent en coaction imitative à la même activité, à produire une équivalence de leurs actes au regard du résultat de l'agir mimétique. C'est à cette confusion qu'est confrontée la jurisprudence, et l'application de la théorie de la scène unique lui permet de surmonter l'image illusoire, l'« écran » ou plutôt, nous semble-t-il, le "cache" que l'agir mimétique du groupe appose sur la représentation réelle de la scène délictuelle.

Le même raisonnement peut être conduit lorsque les actes n'auront été que ressemblants.

finalisé par le résultat qui lui est légalement attaché, mais a seulement un objectif réactif, à savoir sanctionner ce qui est signe d'une détermination coupable suffisamment matérialisée. Tel est bien le cas ici, et on ne peut mieux traduire la différence entre répression et consommation, la première se voulant opérationnelle indépendamment des acquis de la seconde, avec pour conséquence recherchée de pouvoir se manifester bien avant et en dehors de celle-ci. Il n'est donc rien à redire au fait qu'il est possible, en droit pénal, de tenter l'impossible ».

¹⁸⁴³Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris : LexisNexis, 5^{ème} éd., 2016, n° 51, p. 36.

¹⁸⁴⁴Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80024, non publié au bulletin.

β) *L'impossibilité de déterminer les conséquences respectives des différents actes accomplis*

946. ***Des imitations imparfaites ou simulacres.*** Il arrive que les participants aux violences collectives n'aient pas accompli les mêmes actes. Cela étant, dans de nombreux arrêts jurisprudentiels se rapportant à des scènes uniques de violences, il semble que cette situation s'applique à des actes d'imitation ressemblante. Par exemple, les individus en réunion peuvent avoir porté des coups en utilisant tous une arme, mais de catégorie différente, au sens de l'article 132-75 du Code pénal selon lequel tout objet utilisé pour tuer ou blesser constitue une arme. Or, pour M. le Professeur Dominique Allix, aux yeux d'une victime, la situation d'une scène infractionnelle commise par plusieurs où chaque participant agit différemment n'est pas si différente de l'hypothèse où chacun des malfaiteurs accomplit les mêmes gestes¹⁸⁴⁵. Et lorsqu'on comprend la scène unique de violences comme une scène d'agir mimétique, on ne peut qu'adhérer à cette analyse.

947. ***Exemple jurisprudentiel.*** Par exemple, dans un arrêt du 19 avril 2017, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait, sans insuffisance, caractérisé « une scène de violences unique » dans laquelle deux individus avaient agressé une personne en utilisant deux moyens différents. En l'espèce, « les deux prévenus n'avaient pas apprécié que le plaignant ait donné un coup de klaxon, après que ces derniers eurent traversé brusquement devant sa voiture ». Le plus jeune lui avait alors « donné des coups de points et [...] le plus âgé était allé chercher une barre de fer [dans une maison voisine] avec laquelle ils l'avaient frappé, en suite de quoi il avait perdu une dent, ses lunettes étant cassées ». Manifestement, les deux prévenus partageaient ici la même détermination d'agresser la victime par des comportements visant à atteindre son intégrité psychique, en coopérant et en se référant l'un à l'autre. La scène unique de violences correspond ainsi à une scène d'agir mimétique dans laquelle les deux comportements agressifs prennent valeur d'imitation plurilatérale. Les moyens différents utilisés peuvent alors être entendus comme des comportements ressemblants, l'un des agresseurs ayant fait preuve d'innovation par rapport à l'autre.

948. ***L'équivalence des actes ressemblants.*** Ce mimétisme qui s'exprime directement par des comportements d'imitation crée une confusion des rôles, et des actes, quant à leur lien de

¹⁸⁴⁵D. ALLIX, op. cit., n° 37, p 32.

causalité avec le résultat, ici les dommages et les blessures de la victime. Il justifie que soient considérés comme équivalents tous les actes accomplis. Parce qu'un des participants seulement a pu toucher plus durement la victime, les juges ici opèrent « une présomption de causalité en renforçant une causalité certaine [pour la partie touchée] mais en partie invisible »¹⁸⁴⁶. Les juges ne font qu'apprécier de manière extensive le lien de causalité mais tout en respectant la certitude de celui-ci. Il est donc possible de considérer que le lien de causalité entre le résultat et chacun des comportements reste certain, ce n'est que l'intensité de celui-ci qui change. L'acte aura forcément contribué au résultat¹⁸⁴⁷ - matériellement¹⁸⁴⁸ voire psychologiquement par aide morale. Plus précisément, concernant le caractère certain du lien de causalité, les juges ne se contentent pas d'une simple présence mais bien d'une part active dans la scène de violence¹⁸⁴⁹. On a pu parler à ce titre d'un lien de causalité virtuel¹⁸⁵⁰.

949. *Effets conjugués des comportements ressemblants.* Il importe donc peu pour l'engagement de la responsabilité pénale de caractériser avec précision l'acte matériel et le lien causal entre celui-ci et le résultat, il suffit juste de préciser la part personnelle prise dans la scène unique de violence. Selon M. Pierre-André BON, il est inutile de « rechercher si son comportement était en lui-même de nature à entraîner qu'un dommage de moindre gravité »¹⁸⁵¹. Dans l'arrêt du 13 juin 1972 précité¹⁸⁵², la chambre criminelle a considéré que « chaque membre du groupe est coauteur [...] même s'il n'a pas donné de coups suffisamment forts pour produire le résultat final ». Le résultat subi n'a pu être causé que par **l'effet conjugué de tous les coups portés**, alors qu'individuellement, les actes accomplis n'auraient pas été de nature à entraîner ce résultat sur une victime-type ou sur la victime réelle¹⁸⁵³. Chaque coauteur, par son acte, a été la condition *sine qua non* du résultat et donc causé l'entier résultat, peu importe que cela ne

¹⁸⁴⁶Ph.. SALVAGE, op. cit., n° 13.

¹⁸⁴⁷V. P.-A. BON, op. cit., p 160. Pour l'auteur, on ne saurait y voir une absence totale de lien de causalité. En effet selon lui, celui qui aurait maintenu la victime ou l'aurait battu moins fort, « a pu rendre la victime plus vulnérable et ainsi facilité la commission des violences plus graves » ou a pu apporter une « aide morale » ayant alors facilité la résolution du résultat en renforçant l'état d'esprit des coauteurs.

¹⁸⁴⁸Plus encore selon nous, l'agent aura permis une aide matérielle car il existe un acte positif. En effet, on ne saurait parler de coaction dans le cas où l'un des protagonistes se sera simplement abstenu d'intervenir. Si tel est le cas, on ne saurait lui reprocher des violences mais une non assistance à personne en danger (Art. 223-6 C. pén.). V. également en ce sens E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., pp. 176-177.

¹⁸⁴⁹Le caractère direct ou exclusif de la causalité est d'ailleurs en la matière indifférente. Comme le montre un arrêt du 28 avril 1981, « il n'est pas exigé que les violences légères ou voies de fait soient la cause immédiate ou directe de la maladie ou de l'incapacité de travail pour engager la responsabilité pénale » (Cass. crim., 28 avril 1981, B. crim n° 129).

¹⁸⁵⁰P.-A. BON, op. cit., n° 392 et s., p. 157.

¹⁸⁵¹P.-A. BON, id., p. 161.

¹⁸⁵²Cass. crim., 13 juin 1972, B. n° 195.

¹⁸⁵³V. sur ce point V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 49.

corresponde pas à la réalité, par hypothèse invérifiable, des faits.

950. *Les atteintes à l'intégrité psychique.* Un tel raisonnement peut également se constater lorsque les agents auront accompli des actes de violences psychologiques. L'arrêt rendu en date du 2 septembre 2005 par la Cour de cassation en est un exemple¹⁸⁵⁴. En l'espèce, deux individus avaient participé à une mise en scène destinée à impressionner une victime par l'arrivée menaçante un soir, en pleines festivités d'un centre aéré, de trois automobiles, avec la volonté de leurs occupants de s'en prendre à elle. Une bagarre éclata au cours de laquelle elle fut frappée et le troisième des agresseurs fut condamné pour son action violente. Des poursuites furent également exercées contre les deux prévenus. Ces derniers se défendirent en rappelant que nul n'est puni que de son propre fait, et qu'ils n'avaient pas pu atteindre la victime, ne lui ayant pas porté de coups. La chambre criminelle rejeta toutefois le pourvoi. Elle se contenta de rappeler dans sa solution que « le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique »¹⁸⁵⁵. Dans ce sens, les prévenus ont bien participé à l'état de vulnérabilité de la victime, même s'il n'était pas possible de déterminer avec précisions l'impact causal de leur action. Si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée explicitement, il nous semble pertinent d'appliquer le raisonnement de la scène unique de violence. Tous avaient clairement préparé une mise en scène de violence, dans laquelle ils se sont d'abord imités pour arriver de manière menaçante. Si les deux prévenus n'ont pas frappé la victime, ils ont participé de manière active à son intimidation et ont contribué à la rendre vulnérable ensemble. Les violences commises comportent des atteintes à l'intégrité d'une part physique, et d'autre part psychique de la victime. Dans cette situation, on relève à la fois des comportements d'**imitation plurilatérale parfaite** (l'arrivée menaçante en voiture des trois protagonistes et l'intimidation de la victime par les deux prévenus) ainsi que des comportements différents ne relevant pas d'une imitation (puisque ces derniers ne semblent pas avoir partagé l'intention de porter des coups à la victime). On est dans une scène délictueuse qui comporte deux résultats juridiques différents, dans laquelle les violences psychologiques ont fait l'objet de poursuites distinctes des violences physiques.

¹⁸⁵⁴Cass. crim., 2 septembre 2005, B. crim. n° 212, D. 2005, p. 2986.

¹⁸⁵⁵V. dans le même sens Cass. crim., 6 février 2002, Dr. pénal 2002. 69, obs. M. VERON.

951. La théorie de la scène unique de violence renvoie bien à l'idée que les participants à l'agissement mimétique du groupe coopèrent et s'entraident activement. C'est pourquoi nous rejoignons l'analyse de Mme Elisa BARON qui considère que la jurisprudence n'a pas (ou plus) lieu de passer par la théorie de la complicité corespective, la théorie de la scène unique suffisant pour démontrer la coaction et engager de manière équivalente la responsabilité de tous les participants.

2) *La suffisance de la théorie de la scène unique de violence*

952. *Critique théorique de la complicité corespective.* La jurisprudence a parfois appuyé, sans la nommer, sa solution en matière de violences collectives sur la théorie de la complicité corespective¹⁸⁵⁶. Elle considère que « le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action et devient, par la force des choses, légalement son complice »¹⁸⁵⁷ ou encore « auteur lui-même de violences, il assiste nécessairement celui ou ceux qui ont commis les violences les plus graves »¹⁸⁵⁸. Le raisonnement de la jurisprudence consistait à considérer tous les participants à une infraction comme complices les uns des autres, pour faciliter leur sanction¹⁸⁵⁹. Toutefois, cette théorie est dépassée¹⁸⁶⁰ mais aussi inutile¹⁸⁶¹. Considérer que les participants à une scène unique de violence participent à une coaction c'est-à-dire à une scène mimétique devrait, d'après nous, suffire. En effet, **dans un rapport de mimésis horizontale, les membres du groupe agissent intentionnellement en se référant les uns des autres de façon complémentaire et équivalente**. Entendu ainsi, le participant aide effectivement son comparse non pas parce qu'il est son complice, mais parce qu'il est son

¹⁸⁵⁶V. notamment Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., n° 406 ; J. PRADEL, op. cit., n° 409 et 449.

¹⁸⁵⁷V. par ex. Cass. crim., 9 juin 1848, préc. ; Cass. crim., 15 juin 1860, S. 1861, I, p. 368 ; Cass. crim., 10 janv. 1952, JCP G 1952, IV, p. 38.

¹⁸⁵⁸Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80024, non publié au bulletin.

¹⁸⁵⁹Théorie qui reste pourtant contestée par certains auteurs. V. notamment R. GARRAUD, op. cit., n° 904. Pour qui, « la coopération directe entraîne sans doute, *a fortiori*, l'assistance, mais elle est bien plus, et, par conséquent, autre chose que l'assistance ». Ainsi un individu ne saurait être complice et coauteur à la fois ; V. également C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris : Dalloz, 2006, n° 578.

¹⁸⁶⁰Nous l'avons vu précédemment, aujourd'hui le complice est puni comme auteur. V. notamment E. BARON, op. cit., n° 145, pp. 131 et s.

¹⁸⁶¹E. BARON, id., n° 143 et s. L'auteur considère que cette théorie est contestable parce qu'elle conduit à des aberrations. Position que nous rejoignons dans la mesure où elle ne rend pas compte des rapports mimétiques en jeu dans la scène unique de violences. Tous les coauteurs agissent selon une représentation commune dans laquelle ils ont tous un rôle actif les uns par rapport aux autres dans la poursuite de la finalité commune. Un individu ne peut se concevoir dans la scène, comme un coauteur, et à l'extérieur de la scène, comme un complice.

coopérateur (au regard d'une même représentation de la scène). Il n'assiste pas un autre quelconque mais un élément du « nous » opérant dans l'agir mimétique, avec la conscience que les actes de tous sont nécessaires à la réussite de l'activité, certes antisociale, mais poursuivie par tous les actants de la mimésis. Le coauteur est donc plus qu'un simple complice. Ces propos rejoignent d'ailleurs ceux de GARRAUD¹⁸⁶² qui considère que « la coopération directe entraîne sans doute, *a fortiori*, l'assistance, mais elle est bien plus, et, par conséquent, autre chose que l'assistance ». Plus précisément, au-delà de s'entraider, les participants à la scène ajustent leurs comportements les uns des autres pour atteindre un même but, peu importe le résultat effectif.

Comme l'affirme justement Mme Elisa BARON, « il n'est pas nécessaire de passer par la théorie de la complicité corespective pour imputer le résultat dommageable le plus grave à tous les participants : la coaction est suffisante et a le mérite de ne pas déformer les concepts ». Par ailleurs, « parce qu'elle est un mode de participation criminelle, la coaction permet d'emprunter des éléments constitutifs de l'infraction à ses autres coauteurs, et donc de considérer que chacun emprunte le coup le plus grave qui a été porté. Il n'est pas nécessaire que chaque coauteur ait accompli l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction pour être punissable. Le détour par la théorie de la complicité, en plus d'être fort contestable juridiquement, est donc inutile si on retient un critère finaliste : la répression se suffirait tout à fait de la coaction »¹⁸⁶³.

953. **Innovation dans la scène et circonstances aggravantes.** Quant aux circonstances aggravantes, leur communication entre coauteurs doit s'appliquer selon certaines conditions. Par principe, l'infraction est envisagée sous sa plus haute expression pénale, à l'égard de tous : « les circonstances aggravantes d'un crime, lorsqu'elles ont été régulièrement constatées, étendent de droit leurs conséquences à tous les auteurs »¹⁸⁶⁴, sauf pour les circonstances aggravantes personnelles. En effet, ces dernières, étrangères aux faits, sont propres à son auteur – tel que l'état de récidive légale. En revanche, les circonstances aggravantes réelles affectant le fait constitutif de l'infraction lui-même (tel que le port d'une arme) et les circonstances aggravantes mixtes trouvant leur origine chez l'agent¹⁸⁶⁵ (telle que la qualité d'agent public de

¹⁸⁶²R. GARRAUD, op. cit., n° 904.

¹⁸⁶³E. BARON, op. cit., n° 150, p. 134.

¹⁸⁶⁴Cass. crim., 28 octobre 1992, B. crim. n° 347 ; Cass. crim., 15 novembre 1989, B. crim. n° 421.

¹⁸⁶⁵Les circonstances aggravantes mixtes sont « mi-personnelles, mi-réelles » (Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 243), car elles trouvent leur cause en la personne de l'agent mais leur effet sur la manière dont l'acte est exécuté. Toutefois, MM. les Professeurs Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON soulignent que la jurisprudence semble se satisfaire de la seule distinction entre circonstances aggravantes « matérielles » - se communiquant aux autres agents -, et « morales » et personnelles,

l'auteur de violences aggravant nécessairement la perception que l'on peut avoir de celles-ci) aggravent le fait qui peut lui être reproché et se communiquent à tous les participants à l'infraction. Plus précisément, une entente sur la circonstance (réelle ou mixte) devrait permettre sa communication à chacun des coauteurs. D'un point de vue imitatif, cette solution s'explique du fait de la **possibilité d'une innovation de l'un des coauteurs dans l'acte**. Il s'agira toujours d'un agir mimétique dont l'expression comportementale aura été simulacre, par reproduction ou non, ou distincte. De plus, rien n'empêche que cette innovation soit concomitamment à l'acte infractionnelle, tout dépendra de l'entente instantanée ou non de tous face à cette innovation.

En cela, nous rejoignons Mme Elisa BARON¹⁸⁶⁶. Parce que les coauteurs sont interdépendants, la circonstance aggravante – qui n'est pas personnelle – et qui est connue de tous doit pouvoir être retenue à l'égard de chacun, même si elle n'est pas caractérisée vis-à-vis de tous, du fait de l'existence d'une entente entre les coauteurs, et nous ajouterons, du fait de l'existence d'un agir mimétique.

954. ***Pour conclure sur la scène unique de violence et l'agir mimétique dans la coaction.*** Au regard du concept d'imitation, les scènes uniques de violences collectives et leur réception par le droit pénal illustrent l'intérêt à **dépasser la conception de l'imitation illicite comme un processus comportemental pour l'inscrire dans un phénomène certes plus complexe mais qui rend compte du mimétisme en jeu dans les groupes criminels.**

Lorsque la jurisprudence s'appuie sur la théorie de la scène unique de violence pour en sanctionner l'ensemble des participants, peu lui importe que les coauteurs aient accompli des actes identiques ou similaires. Ce qui signifie que le juge ne cherche pas à caractériser, même indirectement, un comportement délictuel ou criminel d'imitation plurilatérale horizontale. Cette position trouve un intérêt pratique puisque lorsque les actes sont le produit d'une imitation parfaite ou imparfaite, ils génèrent plus de risques que la scène de violences devienne illisible, dans la mesure où il est difficile d'imputer le résultat. Car le comportement d'imitation accompli alors l'effet qui le caractérise, à savoir la création d'une confusion - ou au moins d'un risque de confusion - aux yeux du public observateur (juges, victimes et même témoins), portant ici sur l'identité de celui qui a directement atteint la victime ou sur l'impact de chaque acte individuel sur le résultat. La visibilité du lien de causalité s'en trouve altéré, comme "brouillé" et les

devant faire l'objet d'une question distincte posée pour chacun des agents. V. notamment Cass. crim., 30 octobre 1996, B. n° 384 ; V. également Y. MAYAUD, *Meurtre*, Rép. pén., n° 107 et s.

¹⁸⁶⁶V. pour une analyse plus détaillée E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 345, p. 289.

solutions consistant à prononcer la relaxe générale ou à condamner les prévenus à la peine la moins grave reposent bien, dans ce sens, sur un assujetissement à l'illusion causée par l'apparence trompeuse. De même, attribuer à chacun des participants un statut d'auteur et de complice, paraît surtout être un moyen de contournement des difficultés d'imputation que la prise en compte d'une réalité groupale. En revanche, recourir à la scène unique de violence en reconnaissant à tous la qualité de coauteurs nous semble bien davantage prendre en compte la mimésis sociale à l'œuvre dans le groupe délictuel. Cette scène correspondant en tout point à une scène d'agir mimétique, les juges peuvent à bon droit déduire d'une **participation active des agents, la détermination commune et l'entente à coopérer**. Ainsi, il paraît justifié de considérer les coauteurs comme tous responsables du dommage, même s'ils n'ont pas porté le coup le plus grave. En aucun cas, il ne s'agit là de considérer une responsabilité collective¹⁸⁶⁷, du fait d'autrui. En effet, en recherchant une participation « active » à la scène de violence, les juges recherchent bien une **participation personnelle à une activité commune, où le résultat d'un seul est le résultat de tous**.

Cette argumentation s'applique aux meurtres avec entente, pour lesquels les juges font également appel à la scène unique et peut se vérifier avec les **imprudences communes avec entente**. Lorsqu'elles sont accomplies en un même lieu et dans un même trait de temps, il apparaît parfois impossible de déterminer laquelle des imprudences a effectivement causé le dommage¹⁸⁶⁸. Les comprendre comme « la participation commune de plusieurs personnes à une action dangereuse, et de la création d'un risque grave pour les tiers du fait de cette action »¹⁸⁶⁹, revient selon nous à reconnaître sans le nommer un rapport mimétique entre des individus qui, selon une représentation d'une scène dangereuse et une entente partagée, coopèrent par l'accomplissement de fautes conjuguées¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁷Ce qui serait contraire à l'article 121-5 du Code pénal.

¹⁸⁶⁸V. Y. MAYAUD, *Les « fautes conjuguées », une notion originale aux effets limités*, chron. sous Cass. crim., 4 novembre 1998, RSC 1999, p. 323.

¹⁸⁶⁹Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Coll. Dalloz Référence, Dalloz, 2003, n° 61.61, p. 191 ; Y. MAYAUD, *Les fautes conjuguées, une notion originale aux effets limités*, RSC. 1999, p. 323.

¹⁸⁷⁰Il arrive effectivement que l'imprudence de plusieurs individus ne puisse pas permettre la compréhension d'une scène. On parle alors dans ce cas d'une commune imprudence dont il n'est pas nécessaire de rechercher quel acte a exactement atteint la victime (V. par exemple Cass. Crim, 7 mars 1969, B. crim. n° 81). Toutefois, une distinction est à faire entre « fautes concurrentes » et « fautes conjuguées » (V. sur cette distinction Y. MAYAUD, *Les « fautes conjuguées », une notion originale aux effets limités*, op. cit., p. 323 ; Y. MAYAUD, *Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ?*, in Une certaine idée du droit, Mél. A. DECOCQ, Paris : Litec, 2004, p. 475). Les « fautes concurrentes » ne sont pas commises dans un même espace-temps, et elles sont, pour cela, appréciées comme des fautes successives, et non concomitantes. De plus, elles ne reflètent aucunement une entente de la part de chacun des participants à la survenance du dommage subi par la victime. Comme Mme Elisa BARON, nous considérons davantage ces fautes comme relevant d'une juxtaposition d'action, et non relevant d'une scène de coaction. Pour le Professeur Y. MAYAUD, les fautes conjuguées présentent entre elles « un lien doublement unitaire, à la fois dans le temps et dans

La coaction, entendue comme un mode de participation à une infraction unique, renvoie donc à un **agir mimétique**. Le coauteur est plus qu'un simple complice et plus qu'un simple auteur. La preuve de sa participation active à l'agissement du groupe suffit et il importe peu de caractériser une imitation comportementale. Car il agit de manière équivalente aux autres dans la poursuite d'une détermination commune, ce qui explique que se communiquent entre coauteurs les éléments constitutifs de l'infraction. Le **concept d'imitation**, comprise comme l'expression comportementale d'un agir mimétique, propose une **grille de lecture de la coaction** qui démontre qu'elle n'est pas une simple juxtaposition d'actions individuelles, elle est bien plus que cela. Les coauteurs agissent selon une même représentation de la scène infractionnelle, au regard d'une même coopération tournée vers une même détermination et agissent en se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente, parfois par imitation comportementale mutuelle. Par conséquent, la notion juridique de coaction permet de saisir et de sanctionner les effets d'un agir mimétique illicite et en particulier de surmonter les difficultés d'appréciation que peuvent générer des imitations réciproques de comportements délictueux. En cela, la coaction est **un mode de participation qui permet au droit pénal de prendre en compte, sans la nommer, l'imitation plurilatérale et horizontale dans les groupes criminels**.

La pluralité criminelle s'exprime également dans les infractions collectives par nature dont elle constitue un élément constitutif. Ce n'est pas un mode de participation qui est alors sanctionné mais la participation à une infraction. Et cette réponse législative à la pluralité criminelle semble bien, parfois, faire obstacle à l'imitation plurilatérale illicite.

II. La répression des infractions collectives par nature et de la bande organisée : une prévention possible mais non exclusive de l'imitation plurilatérale criminelle

955. ***Les infractions collectives par nature***. Certaines infractions, dites collectives, imposent au moins deux agents pour être qualifiées. La pluralité est donc un élément constitutif de ces infractions. Elles se rapprochent en ce sens des dispositions qui exigent la pluralité d'auteurs de

l'espace » (Y. MAYAUD, op. cit., p. 323). Il faut toutefois bien différencier les fautes conjuguées des fautes aux effets conjuguées, ces dernières relevant davantage des fautes concurrentes (E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 160, p. 139). Lorsque les fautes conjuguées envisagent une entente, nécessairement instantanée, la coaction pourra, et seulement dans ce cas, être caractérisée. Ainsi là encore nous rejoignons les propos de Mme BARON (E. BARON, op. cit., n° 162 et s., p. 141).

la criminalité organisée¹⁸⁷¹.

Cette dernière notion a été introduite dans le Code de procédure pénale, par une loi du 9 mars 2004¹⁸⁷² dressant une liste d'une quinzaine d'infractions¹⁸⁷³, parmi lesquelles l'infraction collective par nature d'association de malfaiteurs, mais où revient le plus souvent la circonstance aggravante de bande organisée. Selon GASSIN, « le crime organisé s'entend du crime dont la préparation et l'exécution se caractérisent par une organisation méthodique qui le plus souvent procure à ses auteurs des moyens d'existence »¹⁸⁷⁴. La loi de 2004 permet d'appliquer à ces infractions commises en bande organisée des procédures particulières, dérogoires de celles du droit commun. Comme le relève à juste titre Mme Elisa BARON, « si elle exige une pluralité de participants, [la criminalité organisée] ne permet [...] pas une appréhension exhaustive du phénomène collectif »¹⁸⁷⁵. Car toutes les infractions collectives par nature ne relèvent pas de ce que l'on nomme la « criminalité et délinquance organisée ».

En outre, l'auteur remarque que l'analyse de certaines infractions qui semblent appeler la pluralité révèle qu'en réalité celle-ci n'est pas une condition à leur caractérisation. Tel est le cas par exemple du terrorisme ou encore du trafic de stupéfiant qui peuvent être individuels et trouver sanction¹⁸⁷⁶. En revanche, pour les infractions collectives par nature, on peut parler de « pluralité nécessaire d'auteurs pour une même infraction »¹⁸⁷⁷.

Enfin, si certains comportements collectifs appellent une hiérarchisation entre les membres du groupe, celle-ci n'est pas, le plus souvent, une condition à la caractérisation de l'infraction collective¹⁸⁷⁸. Et bien que les groupes délictueux puissent être structurés selon des relations verticales ou horizontales, nous nous intéresserons davantage aux rapports horizontaux qui peuvent exister entre les participants à l'infraction.

¹⁸⁷¹V. notamment F. DEBOVE, *Vers un droit pénal de la criminalité organisée*, LPA, 12 novembre 2002, p. 4 ; C. GIRAULT, *Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle*, RSC 1998, p. 715 ; J.-P. GUEDON, *Criminalité organisée et droit pénal*, Thèse Paris I, 2002 ; Y. MAYAUD, *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RID pén. 1997, p. 793 ; E. VERGES, *La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004*, AJ pén. 2004, p. 181.

¹⁸⁷²L. n° 2004-204 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 1 (JO 10 mars 2004, p. 4567), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

¹⁸⁷³On peut citer notamment le meurtre en bande organisée (Art. 221-4 8° C. pén.), les actes de torture et de barbarie en bande organisée (Art. 222-4 C. pén.), ou encore les actes de terrorisme (Art. 421-1 à 421-5 C. pén.).

¹⁸⁷⁴R. GASSIN, *Criminologie*, op. cit., n° 588.

¹⁸⁷⁵E. BARON, op. cit., n° 3,0 p. 44 ; V. dans le même sens, B. DE LAMY, *La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé-Efficacité et diversification de la réponse pénale)*, D. 2004, p. 1910 et s., spéc. p. 1911. Le Professeur relève justement que « toute infraction commise à plusieurs ne relève pas du crime organisé ; toute entente établie en vue de commettre un seul acte incriminé reste également distincte de cette notion ».

¹⁸⁷⁶V. E. BARON, op. cit., n° 37 à 38, p. 49-50.

¹⁸⁷⁷V. D. ALLIX, *Essai sur la coaction*, pp. 7 et s.

¹⁸⁷⁸Le groupe de combat par exemple appelle une organisation hiérarchisée selon l'article 431-13 du Code pénal.

Parce que la sanction n'intervient pas au même moment des agissements de la pluralité criminelle, nous distinguerons les infractions collectives par nature entendue *stricto sensu* (A) et la circonstance aggravante de bande organisée (B), pour montrer si elles peuvent correspondre à la sanction d'un agir mimétique de préparation d'un comportement délictuel groupal.

A. Les infractions collectives par nature stricto sensu : une présomption d'un agir mimétique

956. ***L'association de malfaiteurs.*** Parmi les infractions collectives par nature, on peut citer en premier lieu l'article 450-1 du Code pénal qui sanctionne l'association de malfaiteurs comme mode général de préparation à la commission d'une infraction. Il s'agit de « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou de plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement ». Peu importe le nombre de personnes impliquées dans cette association puisqu'elle peut se former entre deux individus¹⁸⁷⁹ ; peu importe également, la hiérarchisation des rôles dans le groupe. Ce texte trouve un champ restreint puisque son application se limite à la préparation de crimes ou délits punis de cinq ans ou plus d'emprisonnement.

957. ***Les associations de malfaiteurs « spéciales ».*** Le législateur a donc prévu d'autres dispositions pour pallier les insuffisances du texte général qui ne permettraient pas de sanctionner tout groupement ou entente. Certaines concernent la préparation de délits passibles d'une peine inférieure, comme l'article 222-14-2 qui sanctionne « le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens »¹⁸⁸⁰. On parle à ce titre de bande violente, dont le texte s'inspire du précédent et en fait une « sorte d'association de malfaiteurs ».

Associations « aggravées » de malfaiteurs. D'autres dispositions spéciales permettent

¹⁸⁷⁹L'article 265 du Code pénal ancien prévoyait en revanche que cette infraction pouvait être caractérisée « quel que soit le nombre de ses membres ».

¹⁸⁸⁰V. sur cette infraction R. PARIZOT, *L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal*, D. 2009, p. 2701 ; V. NIORE, D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conforme à la Constitution : la résurrection..., Gaz. pal. 2010, n° 90 à 91, p. 8.

d'aggraver la peine par rapport au texte général. Selon l'alinéa 3 de celui-ci, « lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » ; et suivant son alinéa 2, « lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ». Or, l'article 421-5 sanctionne l'association de terroristes prévue par l'article 421-2-1 de la même peine d'emprisonnement mais d'une amende dont le montant est supérieur puisqu'il s'élève à 225 000 euros. On peut citer encore l'article 212-3 du Code pénal qui interdit l'association de criminels contre l'humanité en condamnant à la réclusion criminelle à perpétuité toute participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un crime contre l'humanité.

958. *Les autres infractions collectives par nature.* Il serait fastidieux de répertorier toutes les infractions collectives par nature. Toutefois, il est possible de les distinguer des autres infractions par les différents vocables utilisés par le législateur pour les définir dans le Code pénal, tels que « groupement »¹⁸⁸¹, « rassemblement de personnes »¹⁸⁸², « résolution arrêtée entre plusieurs personnes »¹⁸⁸³, « action collective »¹⁸⁸⁴, « concertation »¹⁸⁸⁵ ou « participation »¹⁸⁸⁶. En dehors du Code pénal, sont également réprimées les « actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions » inscrites à l'article L. 420-1 du Code du commerce en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Selon M. Dominique ALLIX, les textes d'incrimination supposant que les infractions soient le fait de plusieurs auteurs, on peut nommer ces derniers, « au sens précis et évident de ce terme, des auteurs en commun, des co-auteurs »¹⁸⁸⁷. Ainsi entendues, et compte tenu du rapport étroit entre mimésis sociale et coaction, les infractions collectives par nature

¹⁸⁸¹V. par ex. le groupe de combat selon l'article 431-13 du Code pénal ; mais aussi l'article 222-34 du même Code 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 » ; V. contra E. BARON, op. cit. n° 38, p. 50. Pour M. E. BARON, « diriger un groupement, transporter ou offrir des stupéfiants par exemple, sont des infractions qui, bien que difficilement concevables sans l'intervention de plusieurs protagonistes, n'exigent pas un nombre minimum d'individus à titre d'élément constitutif. Elles ne peuvent alors être qualifiées d'infractions collectives par nature ».

¹⁸⁸²V. par ex. l'attroupement incriminé à l'article 431-3 du Code pénal.

¹⁸⁸³V. par ex. le complot prévu à l'article 412-2 Code pénal.

¹⁸⁸⁴V. par ex. le mouvement insurrectionnel incriminé prévu l'article 412-3 du Code pénal.

¹⁸⁸⁵V. par ex. les entraves à l'exercice des libertés d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation selon l'article 431-1 du Code pénal.

¹⁸⁸⁶V. par ex. la démoralisation de l'armée incriminée prévu par l'article 413-3 du Code pénal.

¹⁸⁸⁷D. ALLIX, *Essai sur la coaction*, op. cit., n° 4, p. 5.

renverraient toutes à des agirs mimétiques. Nous ne saurions être si catégorique. Car les textes d'incrimination sont rédigés de telle manière qu'ils peuvent renvoyer à des actes de coactions comme à des actes de complicité. Par conséquent, le comportement d'imitation plurilittérale horizontale ne serait pas pris en compte.

959. ***Une compréhension large des infractions collectives par nature.*** Certaines infractions collectives témoignent d'une volonté du législateur de préciser les comportements de participation qui constituent les actes matériels de l'infraction¹⁸⁸⁸. Une majorité de textes sanctionnent globalement toute « participation » à l'action du groupe. Dans tous les cas, par la largesse des textes, peuvent être visés à la fois des actes déterminants à l'action du groupe – renvoyant plutôt à des actes de coaction – et des actes accessoires – renvoyant davantage à des actes de complicité. Comme l'évoque un auteur, « l'acte de participation, qu'il soit de complicité ou de coaction, est en effet érigé en infraction autonome, et le législateur n'emploie d'ailleurs jamais ces termes »¹⁸⁸⁹. Dans ce sens, et compte tenu de ce que nous avons établi précédemment, **les infractions collectives par nature ne sanctionnent pas nécessairement des agirs mimétiques.**

960. ***Une sanction possible d'un agir mimétique illicite.*** Parfois, la participation équivalente, complémentaire et coordonnée entre tous les agents de l'infraction est évidente. Par exemple, l'article L. 323-1 1° du Code de justice militaire prévoit que sont en état de révolte les militaires sous les armes, les personnes embarquées qui, réunies au nombre de quatre au moins, agissant de concert, refusent à la première sommation d'obéir aux ordres de leurs chefs. Cette disposition ne distingue pas selon que les révoltés agissent en tant que coauteurs ou complices, mais sa rédaction semble envisager que tous agissent identiquement – par imitation parfaite ou ressemblante, selon les moyens employés -, et *a fortiori*, par mimétisme, c'est-à-dire de façon

¹⁸⁸⁸Le législateur, dans la rédaction des textes d'incriminations, décompose parfois la participation à l'infraction collective. Par exemple, le mouvement insurrectionnel est, par l'article 412-3 du Code pénal, défini comme « toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Sont alors incriminés par l'article 412-4 du même Code différents comportements de participation qui semblent renvoyer soit à un acte déterminant à l'action du groupe insurrectionnel soit à un acte accessoire. Ainsi, sont sanctionnés au même titre, le fait d'occuper à force ouverte ou par ruse ou de détruire tout édifice ou installation (Art. 412-4 2° C. pén.) – actes déterminants du mouvement insurrectionnel – et le fait d'assurer le transport, la subsistance ou les communications des insurgés – actes davantage accessoires à l'insurrection (Art. 412-4 3° C. pén.). Ces derniers comportements renvoient à des actes d'aide et d'assistance mais l'individu qui les agit doit être sanctionné comme auteur juridique principal et non comme complice.

¹⁸⁸⁹E. BARON, *La coaction en droit pénal.*, op. cit., n° 40, p. 52.

complémentaire et équivalente, en référence les uns aux autres dans la scène de désobéissance aux ordres de leurs chefs.

961. **La sanction de tout acte de participation.** En revanche, d'autres infractions ne visent pas une telle conjugaison et simultanéité d'actions individuelles car le législateur se contente d'incriminer tout acte matériel qui tendrait à la préparation d'un ou de plusieurs délits ou crimes. Par conséquent, il ne nous semble pas pertinent d'affirmer que ces infractions renvoient à un agir mimétique. Les incriminations d'association de malfaiteurs ou de terroristes, que les juges pénaux n'hésitent pas à interpréter largement, en constituent des exemples flagrants¹⁸⁹⁰.

D'une part, au regard des actes pouvant caractériser l'association, la jurisprudence n'impose pas la démonstration précise du rôle joué par l'agent dans celle-ci¹⁸⁹¹. Si une partie de la doctrine considère qu'il est possible de sanctionner un individu pour complicité d'association de malfaiteurs au sens des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal¹⁸⁹², la jurisprudence ne semble pas retenir cette qualification, notamment au regard de la faiblesse¹⁸⁹³ des exigences textuelles. Peu importe que l'agent ait participé à l'infraction par un acte déterminant ou seulement accessoire à l'action du groupe. L'exigence de participation est réduite et il suffit pour caractériser l'infraction de considérer la participation éphémère à l'entente¹⁸⁹⁴. Par exemple, la chambre criminelle a pu se contenter de la preuve d'une manipulation d'un communiqué du FLNC avant son envoi pour en déduire l'appartenance à l'organisation¹⁸⁹⁵ ou encore, de la relation de proximité entre un individu et un membre actif d'un groupe terroriste¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹⁰ Les autres textes d'incriminations telle que la bande violente, n'ont pas encore fait l'objet de nombreuses jurisprudences. Nous choisissons pour cette raison l'association de malfaiteurs

¹⁸⁹¹ V. notamment en matière terroriste CA Riom, 15 janvier 2003, Juris-Data, n° 2003- 210200. Ajoutons que seul l'article 421-5 du Code pénal impose aux juges pénaux de distinguer entre la participation à une association de terroristes, et sa direction ou son organisation ; autrement dit, de faire la différence entre la relation horizontale et verticale dans le groupement.

¹⁸⁹² V. notamment A. VITU, *Participation à une association de malfaiteurs*, art. 450-1 à 450-5, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

¹⁸⁹³ J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Paris : Dalloz, 2010, n° 230, p. 173. L'auteur se questionne quant à des imperfections rédactionnelles ou opportunisme judiciaire.

¹⁸⁹⁴ Cass. crim., 2 décembre 1964, B. crim., n° 319 ; Cass. crim., 11 juin 1970, B. crim. n° 199, RSC 1971, p. 108, obs. A. VITU. La Cour de cassation a établi que les deux individus qui n'avait participé qu'à une seule infraction aux côtés d'agents convaincus d'association de malfaiteurs, devaient être entendus comme membres de celle-ci, en raison de leur connaissance des objectifs criminels poursuivis par le groupe. Il a suffi que l'agent soit intervenu de façon épisodique dans un règlement de comptes entre les membres d'une bande de trafiquants de stupéfiants toujours en activité pour que soit caractérisée l'infraction pour participation à une association ou à une entente en vue de commettre des infractions à la législation sur les stupéfiants. Il faut en effet rappeler qu'à l'époque, l'association de malfaiteurs n'était punissable qu'à la condition que l'entente ait été établie en vue de préparer des crimes ou des délits punis d'au moins 10 ans d'emprisonnement.

¹⁸⁹⁵ Cass. crim., 17 octobre 2001, n° 01-81453, non publié au bulletin.

¹⁸⁹⁶ Cass. crim., 28 février 2001, n° 00- 84108, non publié au bulletin ; V. également Cass. crim., 21 mai 2014, B. crim. n° 136, pour un soutien logistique et financier.

Les juges pénaux se contentent d'établir que les actes facilitent la commission d'infractions par l'association, sans nécessairement les individualiser, ni même les préciser, dans la limite où les infractions projetées entrent dans le champ d'application de l'association de malfaiteurs¹⁸⁹⁷.

962. *L'élément moral allégé.* De plus, les juges du fond s'en tiennent à un élément moral allégé, comme l'illustre un arrêt du 7 octobre 2016¹⁸⁹⁸ de la chambre criminelle. En l'espèce, l'un des participants à un groupement ou entente à but terroriste soutenait qu'il ignorait l'usage auquel seraient destinées les armes qu'il avait fournies, destinées à être utilisés pour un homicide de nature terroriste¹⁸⁹⁹. Dès lors, il ne pouvait avoir agi avec une intention homicide et c'est ce qu'a admis la chambre de l'instruction. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif qu'« en exigeant, pour retenir la circonstance aggravante prévue par l'article 421-6 1° du Code pénal¹⁹⁰⁰, la démonstration de la connaissance précise et concrète, par la personne dont elle retient, par ailleurs, qu'elle aurait participé à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, du projet d'attenter volontairement à la vie ou à l'intégrité de personnes fomenté par l'auteur, alors que la peine criminelle prévue par le dit texte est encourue par celui qui s'est associé à une telle entreprise terroriste et qu'il est démontré que celle-ci avait pour objet la commission de l'une des infractions énumérées par cette disposition légale, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés »¹⁹⁰¹. Comme le relève M. le Professeur Emmanuel DREYER, « il ne s'agit pas de remettre en cause le principe selon lequel l'auteur d'une infraction aggravée doit avoir eu conscience de la cause d'aggravation retenue contre lui. Il s'agit d'admettre que cette conscience s'évince nécessairement des faits : l'individu qui a conscience de préparer un acte de terrorisme supposant que l'intimidation ou la terreur résulte d'atteintes volontaires à la vie, a nécessairement la volonté de tuer. Le négociant qui accepte de fournir des armes à des individus suspectés de terrorisme en sachant qu'ils vont s'en servir peut-il prétendre ne pas avoir voulu la mort d'autrui ? En acceptant de s'inscrire dans une logique de mort, il a nécessairement eu une intention homicide. Il ne peut donc prétendre que l'élément moral de l'infraction aggravée

¹⁸⁹⁷Cass. crim., 7 juin 1951, RSC 1951, p. 666, obs. L. HUGUENEY ; Cass. crim., 7 février 1973, B. crim. n° 67.

¹⁸⁹⁸Cass. crim., 7 octobre 2016, n° 16-84597, à paraître au bulletin.

¹⁸⁹⁹Selon l'article 421-2-1 du Code pénal, « constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

¹⁹⁰⁰En l'occurrence, l'association de terroristes sanctionnée avait pour objet « la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes », ce qui en constitue une circonstance aggravante.

¹⁹⁰¹Cass. crim., 7 octobre 2016, préc.

fait défaut dans une telle hypothèse »¹⁹⁰². Ainsi suffisait-il que l'agent ait eu connaissance du caractère terroriste de ce groupement, autrement dit, que les membres du groupe étaient susceptibles de commettre un ou plusieurs actes à caractère terroriste et qu'il ait eu la volonté de s'associer au groupement¹⁹⁰³. **Incontestablement, la preuve de l'élément moral est ici facilitée compte tenu de la fourniture d'armes et de l'objet du groupement terroriste**¹⁹⁰⁴.

Cet exemple démontre que les participants à une association de malfaiteurs n'ont pas à avoir nécessairement la même représentation des agissements du groupe, la simple connaissance de l'objet du groupement satisfaisant à qualifier la participation. Par conséquent, la simple volonté d'apporter un concours efficace au groupe et à son action est suffisante pour caractériser l'élément moral de l'infraction d'association de terroristes¹⁹⁰⁵.

963. *La sanction d'une entente et un délit d'appartenance.* Par les incriminations d'association de malfaiteurs, le législateur sanctionne donc une résolution d'action commune, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels¹⁹⁰⁶, qui sont appréciés souverainement par les juges du fond¹⁹⁰⁷. Peu importe la durée du groupement, son lieu de rassemblement¹⁹⁰⁸, ou qu'il existe une hiérarchisation entre les différents membres. Chaque membre du groupement doit simplement avoir la volonté de contribuer aux projets délictueux¹⁹⁰⁹, peu importe le rôle joué dans le groupement ou l'entente.

Au regard de la jurisprudence, l'association de malfaiteurs est donc moins un **délit de**

¹⁹⁰²E. DREYER, *Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à la vie d'autrui : qui veut les moyens, veut la fin*, Gaz. Pal. n° 04, 2016, p. 53.

¹⁹⁰³L'absence d'exigences particulières quant à la nature précise des infractions projetées s'agissant de l'élément moral de l'infraction de participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation d'actes de terrorisme a déjà été soulignée. V. Par ex. Cass. crim., 2 décembre 2015, B. crim., n° 276.

¹⁹⁰⁴Ce qui permet d'évincer l'argument d'une éventuelle présomption de culpabilité, notamment au regard de la matérialité incontestable de la participation au groupement par la fourniture de moyens. V. sur ce point R. MESA, *De la qualification criminelle de la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme*, Gaz. Pal. n° 41, 2016, p. 24. Pour l'auteur, « l'interprétation retenue de l'article 421-6 du Code pénal par l'arrêt du 7 octobre 2016 est à la fois répressive et protectrice des valeurs sociales protégées, tout en étant en pleine conformité avec les impératifs issus du principe de légalité criminelle et en adéquation avec la logique proactive du droit pénal en matière de terrorisme » ; V. également Cass. crim., 12 juillet 2016, n° 16-82692, à paraître au bulletin.

¹⁹⁰⁵Peu importe le rôle de l'agent, il a été une condition *sine qua non* à la préparation de l'infraction.

¹⁹⁰⁶Cass. crim., 15 décembre 1993, Dr. pénal 1994, 131.

¹⁹⁰⁷Cass. crim., 16 janvier 1985, B. crim. n° 30.

¹⁹⁰⁸V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, S. MIRABAIL, *Violences*, D. 2010. 2732. Avec le développement des réseaux sociaux, le simple échange à distance suffit « à relier, sous la forme d'un groupement informel, des individus se trouvant dans des lieux différents : l'adhésion intellectuelle au projet d'infraction primerait donc sur le rapprochement physique ».

¹⁹⁰⁹V. Cass. crim., 6 novembre 1986, préc. ; V. également Cass. crim., 30 avril 1996, B. crim. n° 176, s'agissant d'une renonciation à l'action. Pour la Cour de cassation, peu importe que l'homme qui était chargé de commettre l'infraction, ayant dilapidé l'argent reçu, ait renoncé à celle-ci.

participation directe qu'un délit d'appartenance à un groupe délictuel¹⁹¹⁰. La jurisprudence « réduit la matérialité de l'infraction à sa plus simple expression »¹⁹¹¹. Peu importe que l'agent ait accompli un acte déterminant ou accessoire à l'action du groupe, il est considéré comme ayant participé, au même titre que les autres. Il en résulte, par exemple, que celui qui aura aidé matériellement un groupe de terroriste, au sens de l'article 212-7 du Code pénal, sera considéré comme participant à l'association de malfaiteurs et donc lui-même comme terroriste.

964. *La prévention possible des agirs mimétiques criminels.* Rédigés de façon large, les textes d'incrimination des infractions collectives par nature semblent plutôt prévenir des agissements mimétiques des groupes criminels, du moins avoir vocation à sanctionner toute participation à l'entente établie en vue de la préparation d'une action criminelle. C'est pourquoi le juge déduit l'appartenance au groupe de tout acte tendant vers la préparation d'une infraction.

En ce sens, on peut considérer qu'ils émettent une sorte de présomption d'appartenance fondée sur la participation, même indirecte, à l'action du groupe criminel, **une prévention d'agir mimétique.**

965. *Pour conclure sur les infractions collectives par nature au regard du concept d'imitation.* Toutes les infractions collectives par nature, à commencer par l'association de malfaiteurs, s'appuient sur l'identification d'un groupe criminel. Pour cela, le législateur ne précise aucunement les actes matériels incriminables, la rédaction des textes étant assez large : « caractérisée par un ou plusieurs faits matériels », « toute violence collective », « tout rassemblement », etc. Il est remarquable que les textes soient en général axés davantage sur la notion de groupe, et plus précisément sur l'objet criminel du groupe.

Peu importe donc l'intervention précise de l'agent dans l'infraction, celle-ci est caractérisée par la simple participation au groupe. L'intention individuelle est déduite, assimilée à l'intention criminelle du groupe, notamment lorsque l'objet du regroupement est particulièrement dangereux, comme nous l'avons vu pour les associations de terroristes. Il s'en suit que l'individu est punissable dès qu'il accomplit un acte qui prouve son adhésion, sinon son appartenance, au groupe.

¹⁹¹⁰Il faut entendre par groupe d'appartenance, le groupe auquel le droit rattache l'individu pour le protéger ou le sanctionner.

¹⁹¹¹J. ALIX, op. cit., n° 229, p. 171 ; J. ALIX, *Terrorisme*, art 421-1 à 422-7, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, n° 70. Pour l'auteur, « l'incrimination, rédigée de façon large, a vocation à saisir la participation à toute entente établie en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme, sans distinction selon que cet acte constitue une action terroriste ou n'en est que le soutien, et sans condition tenant au seuil de pénalité ».

Ainsi qu'il a été établi, les membres d'un groupe sont enclins à agir mimétiquement, éventuellement en s'imitant les uns les autres. A ce titre également, considérer, voire confondre, un acte déterminant et un acte accessoire à l'action du groupe ne nous paraît pas si abusif au regard du concept d'imitation et de la compréhension de ce phénomène dans tout groupe humain, *a fortiori* dans un groupe criminel. Car un acte accessoire peut devenir un acte déterminant à l'action groupale, et une participation éphémère constituer le point de départ d'une intégration totale, par mimétisme, au groupe criminel. Autrement dit, c'est **prévenir d'une certaine manière un agir mimétique ou un futur agir mimétique. L'infraction collective n'a pas à présenter les critères d'un agir mimétique, ni même celui d'une imitation comportementale.**

Et parce que la circonstance aggravante de bande organisée s'intéresse à un stade plus avancé de l'entreprise criminelle, il nous semble qu'elle appelle les mêmes remarques, à la différence qu'il ne s'agira plus de prévenir des agirs mimétiques, mais de réprimer plus sévèrement ces actes lorsqu'ils ont été prémédités par le groupe.

B. La circonstance aggravante de bande organisée, une circonstance réelle

966. **La notion de bande organisée.** Au sein de la criminalité organisée, et à côté des infractions collectives par nature *stricto sensu*, le législateur a prévu une circonstance aggravante qui permet d'appliquer à certaines infractions des procédures particulières lorsqu'elles sont commises par un groupe structuré. La bande organisée est définie par l'article 137-71 du Code pénal comme « tout groupement formé ou tout entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

A la différence des infractions collectives par nature, le législateur intervient donc ici en aval de la formation du groupe et après la commission de ou des infractions qui constituaient l'objet du regroupement. Ces dernières étant constatées, il est possible de considérer que cette circonstance aggravante, lorsqu'elle est réalisée, forme une nouvelle infraction, une infraction aggravée¹⁹¹². Dans ce sens, elle est une « sorte » d'infraction collective par nature.

La circonstance aggravante de bande organisée est prévue pour de multiples infractions

¹⁹¹²V. en ce sens C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris : Dalloz, 2006 ; V. également M. DALLOZ, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse Nice, 2002, n° 48.

qui peuvent être sanctionnées plus sévèrement si elles sont commises à plusieurs¹⁹¹³. Tel est, par exemple, le cas des infractions de vol¹⁹¹⁴, d'escroquerie¹⁹¹⁵, de blanchiment¹⁹¹⁶ ou encore de transport et mise en circulation de fausse monnaie¹⁹¹⁷. La bande organisée permet parfois de transformer un délit en crime, un voleur par exemple encourant une peine de trois ans d'emprisonnement s'il opère seul mais de quinze ans de réclusion criminelle s'il agit en bande organisée. Alors que pour la même infraction, la seule pluralité d'auteurs – avec coaction ou complicité - n'élève la peine encourue qu'à cinq ans d'emprisonnement. Tout dépendra donc du juge qui choisira de qualifier ou non la circonstance aggravante. Ainsi faut-il différencier la bande organisée des autres modes de participation à l'infraction.

967. *Distinction entre bande organisée, réunion et association de malfaiteurs.* La bande organisée se distingue de la réunion qui correspond à la commission d'une infraction par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs – des coauteurs - ou de complices, mais ne revêt pas toujours les éléments constitutifs d'une bande organisée. En effet, l'article 132-71 du Code pénal exige, pour qualifier la bande organisée, un critère objectif qui tient à une préparation préméditée. Par ailleurs, le législateur, malgré l'existence d'une organisation, n'impose aucune hiérarchie, mais elle doit avoir une persistance minimale¹⁹¹⁸.

Enfin, il faut remarquer que les textes ne décrivent pas le nombre de participants requis pour une bande organisée. Selon M. le Professeur Edouard VERNY, « cette approximation pourrait être critiquée, surtout face à une circonstance qui modifie sensiblement la peine encourue et parfois même la place de l'infraction dans la classification tripartite. Une conception trop large de la bande organisée pourrait produire des effets considérables au détriment des personnes poursuivies mais il est aussi envisageable que les magistrats cherchent à éviter certaines qualifications criminelles en écartant délibérément la bande organisée. Cette correctionnalisation judiciaire pourrait alors être éventuellement nuancée par une admission de la pluralité d'auteurs ou de complices, permettant ainsi de parvenir à une répression

¹⁹¹³La liste a été considérablement élargie par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567).

¹⁹¹⁴ Art. 311-9 C. pén.

¹⁹¹⁵ Art. 313-2 al. 2 C. pén.

¹⁹¹⁶ Art. 324-2 2° C. pén.

¹⁹¹⁷ Art. 442-2 al. 2 C. pén.

¹⁹¹⁸ V. notamment H. ANGEVIN, *Circonstances aggravantes définies par le Code pénal*, Art. 132-71, J.-Cl. Droit pénal, 2000, n° 29.

intermédiaire »¹⁹¹⁹. Selon une décision du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2004¹⁹²⁰, la bande organisée doit s'entendre comme un groupe composé d'au moins trois personnes, existant depuis un certain temps et agissant de concert, dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou établies conformément à la Convention des Nations Unies relative à la criminalité transnationale organisée¹⁹²¹ pour en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel. La bande organisée se distingue ainsi de l'infraction autonome d'association de malfaiteurs, qui appelle seulement au moins deux individus pour être constituée. Remarquons à ce propos que les groupes composés au minimum de plus de 2 personnes sont exceptionnels en droit mais que la bande organisée n'en est pas le seul exemple. La révolte commise par des militaires ou individus embarqués, agissant de concert et refusant la discipline militaire pour laquelle l'article L. 323-1 du Code de justice militaire prévoit au minimum quatre personnes¹⁹²². Quoi qu'il en soit, l'exigence de trois personnes au moins semblent renvoyer à la possibilité d'interactions complexes puisque récemment, dans un arrêt du 8 juillet 2015, la Cour de cassation a rappelé que la bande organisée « suppose une préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres »¹⁹²³.

968. **Bande organisée, sanction de l'appartenance à un groupe organisé.** Comme pour les infractions par nature collectives *stricto sensu*, le législateur ne prévoit pas la matérialisation de la circonstance aggravante. La bande organisée trouvant la même définition que l'association de malfaiteurs, les mêmes remarques peuvent être transposées ici. Car elle sanctionne certes le groupe criminel agissant en réunion, mais le texte incrimine également toute participation, même éphémère, et même instantanée, soit postérieure aux actes qui caractérisent la préméditation. Il suffit simplement que la bande ait été organisée entre plusieurs personnes conniventes de manière à monter l'opération incriminée, et de la réaliser sous une forme

¹⁹¹⁹E. VERNY, *Les membres d'un groupe en droit pénal*, op. cit., pp. 350-351.

¹⁹²⁰Cons. const., 2 mars 2004, DC n° 2004-492.

¹⁹²¹Adoptée à New York le 15 novembre 2000, ratifiée par la France et publiée par le décret n° 2003-875 du 8 septembre 2003 (JO n° 0212 du 13 septembre 2003, p. 15705, texte n° 7).

¹⁹²²Art. L. 323-1 C. just. Milit. : « Sont en état de révolte : 1° Les militaires sous les armes, les personnes embarquées qui, réunis au nombre de quatre au moins, agissant de concert, refusent à la première sommation d'obéir aux ordres de leurs chefs ; 2° Les militaires, les personnes embarquées qui, au nombre de quatre au moins et dans les mêmes conditions, prennent les armes sans autorisation et agissent contre les ordres de leurs chefs ; 3° Les militaires, les personnes embarquées qui, réunis au nombre de huit au moins et dans les mêmes conditions, se livrent à des violences en faisant usage d'armes, et refusent, à la voix de l'autorité qualifiée, de se disperser et de rentrer dans l'ordre ».

¹⁹²³Cass. crim., 8 juillet 2015, Dr. pén. 2015 com. 120 obs. Ph. CONTE.

collective. La circonstance aggravante de bande organisée renvoie donc à la volonté du législateur de sanctionner l'appartenance, préparée ou instantanée, à un groupe organisé, cette participation étant matérialisée par la commission d'une infraction collective. Ce qui explique qu'elle soit entendue comme une circonstance aggravante réelle¹⁹²⁴.

969. ***Pour conclure sur la bande organisée au regard du concept d'imitation.*** Pour sceller leur appartenance au groupe, ses membres et tout individu adhérent aux mêmes valeurs peuvent être encouragés ou adopter spontanément des comportements équivalents les uns aux autres – par agir mimétique – voire similaires – par imitation. Cela étant dit, comme pour les infractions collectives par nature, la bande organisée n'impose pas pour sa caractérisation la distinction exacte entre acte principal et acte accessoire.

Cette conception de la criminalité groupale met l'accent sur l'aspect cognitif du comportement d'imitation que nous étendons ici à la notion de *mimésis*. La faute de l'agent criminel, d'abord cognitive, s'exprime par le comportement. Elle procède d'une intention antisociale, matérialisée par l'adhésion à un groupe délictueux qui signe la volonté individuelle d'adopter des valeurs et des comportements illicites par agir mimétique et qui peut conduire à des actes illicites par imitation réciproque et horizontale. Selon Mme le Professeur Audrey DARSONVILLE, le « crime organisé » qualifie un type de délinquance de groupe où il existe une « adhésion » pouvant « revêtir une forme moins individualiste et viser à la réalisation d'une infraction, en vue d'un intérêt partagé par tous les participants à celle-ci »¹⁹²⁵. Ce qui explique que « dès qu'un délinquant apporte son concours à une association dont il approuve les buts, il est immédiatement lié à tous les actes commis au nom de ce groupement »¹⁹²⁶.

Cette démarche, d'après le concept d'imitation, n'a de valeur, de mérite, que si le juge

¹⁹²⁴ V. Cass. crim., 26 janvier 1954, B. crim. n° 23 ; Cass. crim., 21 mai 1996, B. crim. n° 206 ; Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. VERON ; RSC 1997, p. 101, obs. B. BOULOC ; V. récemment Cass. crim., 11 janvier 2017, n° 16-80.610, à paraître au bulletin. La Cour de cassation a considéré que l'individu qui n'avait pas participé personnellement et directement à la préparation de son évvasion, mais qui s'était joint à son frère ayant préparé l'évasion devait encourir la peine aggravée par la commission en bande organisée, dans la mesure où il s'agit d'« une circonstance aggravante réelle qui, ayant trait aux conditions dans lesquelles l'infraction a été commise, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des coauteurs et complices ». Cette solution a pour conséquence d'appliquer la circonstance au prévenu, sans nécessairement prouver qu'il en avait une connaissance exacte. Il n'était donc pas nécessaire « de démontrer la participation personnelle et directe de M. X à la préparation de son évvasion ». ; V. toutefois par ex. CEDH, 27 mars 2008, Delespesse c/ Belgique, n° 12949/05. La Cour EDH impose une individualisation de la participation de chaque agent ; V. sur ce point notamment P. LAMBERT, *La fin annoncée de la théorie de l'emprunt de criminalité ?*, JT 2005, p. 561 ; N. COLETTE-BASECQZ, *La théorie de l'emprunt de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense*, JLMB 2005, p. 1568.

¹⁹²⁵ A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris II, 2006, n° 274 et s.

¹⁹²⁶ A. DARSONVILLE, *id.*, n° 285.

pénal n'interprète pas trop extensivement les textes. Inclure un individu dans un groupe alors même qu'il ne fait qu'y participer accessoirement ne se justifie que s'il est prouvé une réelle adhésion à l'action du groupe. On ne peut se contenter d'un simple acte qui avoisine le groupe. Dans ce cas, la sanction de l'individu ne s'appliquerait que par le fondement de la complicité. Si on peut admettre que cette position n'a pas tant d'intérêt dans la pratique - dans la mesure où le complice est puni comme auteur - on peut toutefois noter qu'elle a le mérite de reconnaître davantage le rôle joué par les différents protagonistes, et donc d'être en adéquation avec la réalité sociale mimétique.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

970. *L'imitation horizontale ou l'agir mimétique horizontal dans un groupe criminel.* Nous avons dans ce chapitre cherché à appréhender les phénomènes d'imitation dans la criminalité des groupes restreints et plus particulièrement lorsqu'ils s'inscrivent dans un rapport d'horizontalité entre les membres du groupe.

Les **critères de l'imitation comportementale plurilatérale** ne sont **en aucun cas des éléments constitutifs des infractions collectives par nature ou commises collectivement**, ni même de circonstances aggravantes. Ce qui ne signifie pas que ce comportement n'intervient aucunement dans la commission en groupe d'actes illicites. Car non réduite à un processus comportemental, mais comprise comme un fait social, l'imitation apparaît à travers l'analyse de la coaction.

L'imitation dans les groupes criminels se conçoit comme l'expression d'une mimésis sociale. A ce titre, elle correspond à une tendance à « **agir comme** », et plus exactement ici un agir mimétique horizontal dont les critères sont la représentation commune d'une scène d'agissements du groupe, une coopération mutuelle tournée vers une même détermination, et un agissement de chacun des membres en référence les uns des autres, de manière complémentaire, équivalente et coordonnée. Les « je » se fondent en un « nous » pour agir ensemble.

971. *La coaction, un agir mimétique horizontal.* En comparant ces critères de la mimésis sociale à ceux de différents comportements de groupes délictueux, nous avons pu constater que la **coaction** renvoyait à un **agir mimétique**, bien davantage que la complicité. En effet, le complice n'élabore pas une représentation de la scène délictuelle dans laquelle il agirait afin de commettre l'infraction pour lui-même. Par conséquent, il ne commet pas des actes équivalents à ceux de l'auteur principal. Les participants coauteurs en revanche, coopèrent mutuellement pour « re-présenter » une même image mentale – la même infraction ou infraction unique -, et agissent pour cela en se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente. Ils ajustent chacun leur comportement au regard des autres et il arrive que les actions des membres du groupe se traduisent par des comportements d'imitation, comme lors de violences collectives. Souvent, dans ce cas, la scène sera **illisible**. L'agir mimétique horizontal du groupe justifie que tous les participants soient sanctionnés pour le dommage subi par la ou les victimes, ce que le droit pénal réalise en recourant à la **théorie de la scène unique de violences**. Ne pas

s'attacher aux apparences, qui motiveraient la relaxe ou une responsabilisation collective, mais ne pas chercher non plus à individualiser les actes, revient selon nous à apprécier de façon pertinente un agir mimétique horizontal de groupe, qui forme un tout indissociable.

En la rapprochant du concept d'imitation, entendue comme l'expression comportementale d'un processus mimétique, nous avons démontré que la coaction est plus qu'une simple juxtaposition d'actions individuelles. Elle est un mode de participation par lequel le droit apprécie que tous les participants d'une même scène délictuelle se sont coordonnés et ont communiqué par leurs agissements complémentaires.

972. *Les infractions par nature collective, un agir mimétique occasionnel.* Cette prise en compte des agirs mimétiques semble s'étendre à la volonté du législateur de prévenir ou réprimer plus sévèrement certains comportements délictueux de groupe. Certes, les infractions collectives par nature ne renvoient pas toutes à des agirs mimétiques. A la différence de la coaction, la prise en compte de tout comportement dans la participation au groupe ne permet pas de conclure à la sanction systématique d'un agir mimétique, notamment dans l'infraction d'association de malfaiteurs. Toutefois, la considération des processus mimétiques à l'œuvre dans un groupe criminel justifie que l'adhésion au groupe, matérialisée par tout acte de participation, soit suffisant pour sanctionner une volonté de s'intégrer à une détermination criminelle, dont la dangerosité est avérée. Cette démarche, à la fois du législateur et du juge pénal, est donc en accord avec la compréhension du processus de mimésis sociale, inhérente à tous les groupes sociaux, y compris délictueux.

973. Cependant, une telle justification ne saurait trouver équité que dans un groupe restreint, car si l'imitation plurilatérale se rencontre également dans les rassemblements réunissant une multitude d'individus, comme une foule, elle ne procède pas des mêmes mécanismes ni ne produit les mêmes effets.

CHAPITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE DANS UNE MULTITUDE D'INDIVIDUS

974. *L'imitation plurilatérale dans une multitude d'individus.* Lorsqu'une seule personne est auteur d'une infraction, l'engagement de la responsabilité pénale ne pose pas de réelles difficultés. En revanche, le raisonnement juridique est plus compliqué lorsque plusieurs individus participent à une même infraction, puisqu'il faut dans ce cas vérifier la part de chacun à l'action antisociale¹⁹²⁷. Et cette difficulté s'accroît davantage « lorsque les auteurs du crime ne sont ni plusieurs ni beaucoup, mais en nombre si grand qu'on ne peut le préciser : en un mot, quand le crime est l'œuvre d'une foule »¹⁹²⁸. D'après SIGHELE, « la foule a conquis une puissance qu'on ne peut plus nier »¹⁹²⁹.

975. *La foule, une pluralité complexe.* La foule est une pluralité particulière puisqu'elle peut être considérée ou bien comme une entité, une masse d'individus, ou bien comme la combinaison complexe de sujets isolés ou réunis en groupe et qui se retrouvent rassemblés au gré d'une circonstance donnée. Les interactions sociales au sein d'une foule peuvent ou ne pas être hiérarchisées. Plus exactement, on considère en général la foule comme une entité lorsqu'il s'agit d'examiner la relation entre un meneur et le reste des individus qui la composent. Si cette relation inclut une imitation de l'un par les autres, on peut qualifier celle-ci de **verticale**, entre un individu exerçant un certain pouvoir et d'autres qui lui sont subordonnés. En revanche, s'il s'établit des rapports comportant une part d'imitation entre ceux que l'on peut qualifier d'ores et déjà de menés, on peut parler d'imitations **horizontales** entre des individus non liés par des liens de hiérarchie sociale. Ces deux imitations ne s'opposent pas mais peuvent s'entremêler dans une même entité.

976. *La foule, lieu possible d'une double imitation.* Compte tenu des précédentes précisions, nous aurions pu examiner les processus d'imitation dans la foule aussi bien dans le titre I que le titre II consacré à l'imitation plurilatérale verticale¹⁹³⁰, voire dans chacune de ces parties de

¹⁹²⁷V. *supra* n° 930.

¹⁹²⁸S. SIGHELE, *La foule criminelle, Essai de psychologie collective*, Paris : Félix Alcan (Bibliothèque de philosophie contemporaine), 2^{ème} éd., 1901, p. 387.

¹⁹²⁹S. SIGHELE, *id.*, p. 34.

¹⁹³⁰V. *infra* n° 1105.

manière équivalente. En effet, si des infractions comportant une imitation sont commises dans une foule, il se peut qu'un individu soit pris comme modèle par les autres - imitation verticale - ou que tous s'imitent les uns les autres - imitation horizontale - voire que les deux processus coexistent si l'on admet que des phénomènes mimétiques sont nécessairement favorisés par la multitude. Or, il nous semble que dans une imitation verticale, la situation ne diffère pas considérablement suivant le nombre des suiveurs, nous l'analyserons donc dans un prochain chapitre, de manière indifférente quant au nombre de participants.

977. ***L'étude de la foule criminelle.*** Nous avons donc choisi de présenter l'imitation au sein de la foule dans le titre consacré à l'imitation horizontale pour bien souligner combien la multitude est un lieu propice, comme le groupe restreint, à la survenance de comportements d'imitation horizontale et d'activités mimétiques, tout en présentant des difficultés d'appréciation accrues, puisqu'à l'interchangeabilité des rôles entre mîmes et modèles au cours d'une même scène s'ajoute la question de l'entente entre des protagonistes réunis par une cause extérieure à eux.

Comme pour le chapitre précédent, l'étude de l'imitation illicite au sein d'une foule nécessite que nous recherchions des éléments de compréhension de ce type particulier de rassemblement et des interactions sociales qui en découlent. La foule, et plus précisément la **foule criminelle**, a donné lieu à des analyses et des interprétations des processus en jeu dans les « **mouvements de foule** » qui peuvent en effet se rapprocher d'une conception en termes d'imitation plurilatérale – analyse du « donné » (Section 1). Ce qui ne signifie pas nécessairement que le droit pénal peut aisément saisir des « crimes de foule » et nous verrons qu'il sanctionne davantage des crimes commis « dans la foule ». Il s'agira cependant de déterminer s'il prend en compte, et de quelle manière, des comportements d'imitation illicite ou au moins des processus mimétiques entre des individus composant une foule, dans sa totalité ou en partie - analyse du « construit » (Section 2).

SECTION I : LA FOULE OU LA MASSE CRIMINELLE COMME UNE MULTITUDE AGISSANTE

978. Dès le XIX^{ème} siècle, des auteurs se sont attachés à comprendre la foule, en particulier la foule criminelle et il est aujourd'hui acquis que la foule exerce une influence sur les individus qui en font partie. On ne saurait saisir les phénomènes criminels agissant dans la foule (II) sans

d'abord la définir et en décrire la composition (I).

I. Définition et composition de la foule criminelle

979. Les auteurs qui ont tenté de décrire la multitude que représentent la foule ou la foule criminelle ont relevé des éléments communs mais divergents sur certains points. Il convient donc, à partir des écrits et des analyses théoriques de la foule¹⁹³¹, d'en retirer une définition la plus exhaustive possible (Paragraphe 1) et d'en préciser la composition (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Définitions de la foule et de la foule criminelle

980. *La foule et les autres groupements.* La foule présente un certain nombre de caractéristiques qui permettent de la distinguer d'autres groupements tels qu'un public mais aussi de comprendre comment d'une multitude peut naître une entité capable de « mouvements de foule ». Dans ce cadre, la foule criminelle apparaît simplement être un cas particulier auquel nous nous intéresserons davantage par la suite.

981. *Une multitude anonyme.* La foule se définit, en premier lieu, par un critère quantitatif comme un rassemblement d'un grand nombre de personnes. On ne saurait donc parler de foule pour la réunion d'une demi-douzaine d'hommes comme l'a laissé entendre LE BON. Cet élément caractéristique entraîne nécessairement une impossibilité d'identifier tous les individus qui la composent. On peut parler d'un effet immédiat d'invisibilité et d'anonymat des personnes aux yeux des observateurs d'une foule.

982. *Un ensemble hétérogène d'individus.* La foule désigne « la réunion d'individus quelconques, quels que soient leur nationalité, leur profession ou leur sexe, et quels que soient aussi les hasards qui les rassemblent »¹⁹³². Pour LE BON, il est possible de distinguer la foule hétérogène de la foule homogène, la première étant composée d'individus dissemblables alors

¹⁹³¹ Nous avons choisi d'étudier des auteurs du XIX^{ème} siècle, dans la mesure où leurs études sur la foule et notamment la foule criminelle nous ont parues les plus complètes. V. pour une étude plus contemporaine O. BOSC, *La foule criminelle : politique et criminalité dans l'Europe du tournant du XIX^{ème} siècle*, Paris : Fayard, 2007. Cet ouvrage de M. Olivier BOSC étudie davantage la foule criminelle d'un point de vue politique.

¹⁹³²G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris : Edition Félix Alcan, 9^{ème} éd., 1905, p. 17.

que la seconde telles que les sectes, les castes ou encore les classes sociales, réunit des sujets plus ou moins semblables. Or, nous rejoignons la majorité des auteurs qui considèrent ces types de rassemblement comme des groupements ou « corporations » et s'entendent pour définir la foule *stricto sensu* comme **un ensemble hétérogène d'individus**¹⁹³³.

983. **Une finalité commune.** Nous adhérons, en revanche, aux propos de LE BON, lorsqu'il considère que tout rassemblement ne constitue pas une foule. Car, du point de vue psychologique, « mille individus accidentellement réunis sur une place publique sans aucun but déterminé, ne constituent nullement une foule »¹⁹³⁴. Il ajoute qu'« il faut l'influence de certains excitants » ou éléments déclencheurs. Autrement dit, **la foule exige une finalité commune**, ce qui exclue le hasard qui ne pourrait former qu'un simple agrégat d'individus. D'autres auteurs vont dans le même sens. Certes, selon SIGHELE, la foule est un agrégat « inorganique par excellence, puisqu'il se forme sans accord préalable, soudainement, à l'improviste »¹⁹³⁵. Cependant, cela ne signifie pas qu'elle ne trouve pas un but déterminé. TARDE, quant à lui, considère le public en général comme « une foule virtuelle », ou potentielle, susceptible de constituer une foule dès qu'apparaît une finalité commune. En effet, selon lui et nous le rejoignons, les composants du public porteraient en eux la « virtualité du groupement social, dans la mesure où des ressemblances de langue, de nationalité, de culte, de classe, d'éducation, toutes d'origine sociale, c'est-à-dire toutes causées par **une diffusion imitative** à partir d'un premier inventeur anonyme ou connu, les prédisposent à s'associer plus ou moins étroitement, si l'occasion l'exige. Qu'une explosion de dynamite ait lieu dans la rue, que le vaisseau menace de sombrer, le train de dérailler, qu'un incendie éclate dans l'hôtel, qu'une calomnie contre un prétendu accapareur se répande sur le champ de foire, aussitôt **ces individus associables deviendront associés dans la poursuite d'une même fin** sous l'empire d'une même

¹⁹³³S. SIGHELE, op. cit., p. 34 : La foule est « un agrégat d'hommes hétérogène par excellence, puisqu'il est composé d'individus de tous les âges, des deux sexes, de toutes les classes et de toutes les conditions sociales, de tous les degrés de moralité et de culture ». ; G. TARDE, *La philosophie pénale*, Paris : Editions Cujas, 4^{ème} éd., 1972, p. 320 « Une foule est un ramassis d'éléments hétérogènes, inconnus les uns aux autres ; pourtant, dès qu'une étincelle de passion, jaillie de l'un d'eux, électrise ce pêle-mêle, il s'y produit une sorte d'organisation subite, de génération spontanée. Cette incohérence devient cohésion, ce bruit devient voix, et ce millier d'hommes pressés ne forme bientôt plus qu'une seule et unique bête, un fauve innommé et monstrueux, qui marche à son but avec une finalité irrésistible. La majorité était venue là par pure curiosité, mais la fièvre de quelques-uns a rapidement gagné le cœur de tous, et chez tous, s'élève au délire. Tel, qui était accouru précisément pour s'opposer au meurtre d'un innocent, est des premiers saisis par la contagion homicide, et qui plus est, n'a pas même l'idée de s'en étonner ».

¹⁹³⁴G. LE BON, op. cit., p. 18.

¹⁹³⁵S. SIGHELE, op. cit., p. 34.

émotion »¹⁹³⁶.

984. *Une origine circonstancielle.* Les auteurs semblent donc en accord pour admettre que, même si des personnes portent en elles des prédispositions au rassemblement, la constitution de la foule est circonstancielle. Et il nous semble juste d'adhérer à un tel raisonnement avec quelques précisions. La foule nécessite la survenance **d'un élément stimulateur ou déclencheur, bien plus que d'une entente préalable**. La foule « dépend de la pluie ou du beau temps, de la chaleur ou du froid ; elle est plus fréquente l'été que l'hiver »¹⁹³⁷. Les différentes foules se rassemblent selon le cadre géographique et selon l'époque. Pour la plupart des auteurs, elle est donc un rassemblement d'individus inorganisés¹⁹³⁸. Seul LE BON considère ce qu'il nomme la « foule psychologique » comme une « foule organisée ». Selon lui, le nombre d'individus composant le rassemblement n'est pas un critère de la foule, ni même la proximité géographique¹⁹³⁹. Si nous n'adhérons pas à ce raisonnement, nous considérons en revanche que la foule peut, **dans certaines circonstances, être organisée par des individus. Nous pensons qu'en aucun cas ses mouvements et actions ne pourront être véritablement planifiés, d'autant plus si la foule est quantitativement importante**. Tel est le cas du rassemblement autour d'un but commun de plusieurs centaines de personnes. Même si certains organisateurs l'ont préparé, il est difficile de concevoir que ses effets, ses mouvements puissent l'être avec certitude. C'est donc sur ce point que nous rejoignons SIGHELE et TARDE qui considèrent la foule comme circonstancielle. Car même si elle est organisée (on pense à une manifestation, un concert, etc.), cette organisation reste fragile, instable et peut voler en éclats au gré d'une circonstance qui provoquera des « mouvements » de foule désorganisés.

985. *Une masse sociale instable et éphémère.* Parce qu'elle est intimement liée aux circonstances, la foule n'a pas vocation à durer dans le temps, elle est éphémère. Maurice VIOT constate justement qu'elle « fait figure de masse sociale à la fois naissante et sur le point de finir »¹⁹⁴⁰. La foule est un « **phénomène passager et instable** »¹⁹⁴¹. TARDE, quant à lui, fait la distinction entre corporations¹⁹⁴² (ou sectes) et foule car si « on peut appartenir en même temps,

¹⁹³⁶G. TARDE, *L'opinion et la foule*, Paris : PUF, 1^{ère} éd., 1989, p. 79.

¹⁹³⁷G. TARDE, id., p. 13.

¹⁹³⁸V. notamment G. LE BON, op. cit.

¹⁹³⁹G. LE BON, op. cit., p. 18.

¹⁹⁴⁰M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, Nancy : Imprimerie Georges Thomas, 1936, p. 15.

¹⁹⁴¹M. VIOT, ibid.

¹⁹⁴²Tarde semble préférer parler de corporations que de simples réunions de personnes V. sur ce point G. TARDE,

et de fait on appartient toujours simultanément, à plusieurs publics comme à plusieurs corporations ou sectes ; on ne peut appartenir qu'à une seule foule à la fois »¹⁹⁴³. Avec l'effet d'anonymat évoqué plus haut, ce critère de temporalité nous paraît fondamental pour distinguer la foule d'un groupe. Car les auteurs semblent s'accorder sur le fait que si la foule s'organise dans le temps, elle peut certes trouver une certaine stabilité et durabilité, mais elle tend alors à **se transformer en un groupement** plus viable¹⁹⁴⁴. Pour Maurice VIOT, « en s'organisant, la foule se métamorphose en association d'individus et prend rang d'*institution*. De simple état anarchique elle s'élève, dès qu'elle est nombrée, à un stade de vitalité durable : que de sectes revendiquent pour origine un mouvement de foule ! »¹⁹⁴⁵. C'est là, d'après nous, admettre que dès qu'il y a organisation, sous-tendue nécessairement par une entente entre les individus, on ne peut plus parler de foule mais plutôt d'une association qui n'exige plus, pour exister, la réunion de ses membres en un même lieu en même temps. La foule suppose donc une **unité spatio-temporelle**.

986. *Foule spontanée ou provoquée*. Si une foule peut se transformer en groupement organisé, à l'inverse une association peut engendrer la constitution d'une foule. C'est-à-dire qu'un groupe, organisé autour d'une entente tendue vers un but commun, peut susciter le rassemblement éphémère autour de lui d'un grand nombre d'individus, non compris dans cette entente. Bien que ces derniers forment alors une foule unie par une finalité commune, ils n'ont pas nécessairement connaissance du but poursuivi par le groupe qui a provoqué leur rassemblement. On peut considérer que l'élément fondateur de la constitution de la foule est une action humaine. Dans cette perspective, nous adhérons à la distinction introduite par Maurice VIOT entre « foule spontanée » et « foule provoquée » car elle présente, selon nous, un grand intérêt d'un point de vue juridique. La **foule spontanée** naît d'un fait imprévisible alors que la **foule provoquée** est préméditée et déclenchée par un ou plusieurs individus. Malgré leur mode de formation différents, les deux types de foules présentent néanmoins les mêmes caractéristiques.

op. cit., p. 77.

¹⁹⁴³G. TARDE, id., p. 13.

¹⁹⁴⁴M. VIOT, op. cit., p. 15. L'auteur évoque la bande, réunion, assemblée, secte ou même simple public-lecteur. TARDE, quant à lui, parle de corporation : le public est pour lui une « foule virtuelle ». « Des passants dans une rue populeuse, des voyageurs réunis, entassés même, sur un paquebot, dans un wagon, autour d'une table d'hôte, silencieux ou sans conversation générale entre eux, sont groupés physiquement, non socialement » (G. TARDE, op. cit., p. 79).

¹⁹⁴⁵M. VIOT, op. cit., p. 15.

987. *La formation de la foule « spontanée »*. Une foule peut **naître d'un fait extérieur** frappant des personnes présentes en même temps au même endroit. Pour VIOT, « le moindre incident suffit à déclencher ces « turbulences » au sens étymologique du mot »¹⁹⁴⁶. Il peut également rester sans effet puisque « parfois, au contraire, malgré l'apparition d'un fait extérieur, le public ne réagit pas et ne se mute pas en foule »¹⁹⁴⁷. Selon l'auteur, c'est parce qu'il n'est pas assez « ardent » qu'un fait ne transforme pas en foule l'agrégat d'individus qui en sont spectateurs. L'incident doit donc être suffisamment « impressionnant pour créer chez les individus agglutinés un sentiment unanime » pour que « se forme une foule unie par et dans une communauté d'émotion et de passion »¹⁹⁴⁸. On peut évoquer ici certains mouvements de foule déclenchés dans un lieu public par la peur panique communément ressentie suite à la détonation d'un bruit **imprévisible**, donc suspect. Tous se mettent à fuir à partir du point où le bruit s'est produit, en des mouvements qui évoquent une « vague humaine »¹⁹⁴⁹.

988. *La formation de la foule « provoquée »*. Une foule peut aussi être délibérément provoquée. « Un simple individu ou une association quelconque, particulièrement intéressés à sa réunion, peuvent la susciter à dessein »¹⁹⁵⁰. La foule joue alors un rôle particulier dans la poursuite du but recherché : celui de « bouleverser un ordre social préétabli et l'efficacité de cet ouragan varie avec l'étendue des représentations collectives qui le déchaînent »¹⁹⁵¹. Dans ces circonstances, elle peut **se former par la volonté d'un ou plusieurs individus**, voire, selon Maurice VIOT, de tous. Provoquée par un ou plusieurs personnes, la foule se rapproche d'une foule spontanée, du point de vue des autres individus, la provocation s'apparentant pour eux à un fait extérieur. L'auteur cite ici les foules que constituent les marchés, les attroupements ou encore les fêtes ou les concerts publics.

VIOT considère également qu'une **foule peut être provoquée par l'ensemble de ses composants**. Elle s'apparente alors, pour l'auteur, à une « **manifestation** » **inorganisée**, dont le but sera souvent politique, social ou encore religieux. Or, parler de foule volontairement provoquée par tous ses membres pour une manifestation inorganisée nous paraît soulever

¹⁹⁴⁶M. VIOT, id., p. 21.

¹⁹⁴⁷M. VIOT, ibid.

¹⁹⁴⁸M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 21. On peut remarquer que la foule est souvent rapprochée de l'homme passionnel.

¹⁹⁴⁹De tels incidents ne sont malheureusement pas rares aujourd'hui où un contexte social marqué par la peur diffuse des attentats peut expliquer qu'un bruit violent soit interprété comme étant celui d'une bombe par exemple.

¹⁹⁵⁰M. VIOT, op. cit., p. 16.

¹⁹⁵¹M. VIOT, id., p. 82.

plusieurs difficultés d'interprétation. Si l'on considère que la foule est créée par tous, la volonté de tous ses membres de se réunir autour d'un but commun correspond davantage à une entente et peut conférer une certaine organisation au rassemblement. Cette organisation peut alors être licite comme illicite dès la naissance de la foule. On pense certes, si l'objet est licite, à la manifestation, mais si l'objet est illicite, il s'agira plutôt d'un attroupement. Par ailleurs, les exemples que donnent l'auteur pour illustrer des cas que l'on pourrait nommer de provocation collective, ne comportent certes pas de fait déclencheur extérieur à la multitude mais sont toujours provoqués par un ou plusieurs individus appartenant à la masse, qui ne sont, cependant, pas identifiables. Tel est le cas par exemple d'une protestation créée lors d'un rassemblement par une personne qui reste anonyme mais qui déclenche un mouvement de foule, désorganisée, des autres participants pour lesquels, selon nous, ce cri constitue bien un fait extérieur à eux, imprévisible. C'est-à-dire que l'action de la foule a été provoquée non pas tant par tous que par un anonyme, que l'on peut qualifier d'élément excitateur de la foule.

989. *La foule détournée à des fins criminelles.* C'est aussi par la provocation d'un ou plusieurs individus qu'une foule peut être **détournée à des fins criminelles**, comme l'indique VIOT. Par exemple, la protestation créée soudainement lors d'une manifestation déjà constituée par une personne anonyme peut déclencher chez les autres participants un hurlement du même slogan et des troubles à l'ordre public. Pour les individus « suiveurs », le premier cri constitue bien un fait extérieur à eux, et on retrouve le même partage d'une émotion qui entraîne une action commune¹⁹⁵².

Notons ici que la provocation n'a pas donné naissance à la manifestation mais qu'elle a suscité **un mouvement collectif** qui confirme le caractère instable et imprévisible d'une foule. Dans ce sens, il semble qu'une manifestation porte en elle une potentialité importante à se muer rapidement en foule désorganisée. Et il en est de même du grand rassemblement illicite que

¹⁹⁵²TARDE donne ainsi un exemple parlant (G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 29) : « La Révolution de Taine en fournit autant et plus qu'on en peut désirer. En septembre 1789, à Troyes, une légende se forme contre Huez, le maire : il est un accapareur, il veut faire manger du foin au peuple. Huez est un homme connu par sa bienfaisance, il a rendu de grands services à la ville. N'importe. Le 9 septembre, trois voitures de farine s'étant trouvées mauvaises, le peuple s'amasse et crie : « À bas le maire ! Mort au maire ! » Huez, sortant de son tribunal, est renversé, meurtri à coups de pied et de poing, frappé à la tête d'un coup de sabot. Une femme se jette sur le vieillard terrassé, lui foule la figure avec les pieds, lui enfonce des ciseaux dans les yeux à plusieurs reprises. Il est traîné, la corde au cou, jusqu'au pont, lancé dans le gué voisin, puis tiré, traîné de nouveau par les rues dans les ruisseaux, "avec un morceau de foin dans la bouche". Suivent des pillages et des démolitions de maisons, et, chez un notaire, plus de six cents bouteilles sont bues ou emportées (*Révolution*, t. I, p. 88. A la même époque, la foule a fait pis à Caen : le major de Belsunce a été dépecé, comme La Pérouse aux îles Fidji, et une femme a mangé son cœur) ».

constitue l'attroupement.

Nous retiendrons qu'une foule doit trouver un déclencheur pour qu'une multitude d'individus hétérogènes se rassemblent autour d'une finalité commune, sous-tendue par une émotion partagée. Un fait extérieur, suffisamment imprévisible et impressionnable, peut spontanément entraîner la formation d'une foule, alors que d'autres sont délibérément provoquées pour organiser de grands événements sociaux. Dans les deux cas, le caractère éphémère et passionnel d'une foule la rend éminemment instable et sujette à la désorganisation. Dans ce sens, une foule provoquée et même organisée au départ reste vulnérable à tout **incident imprévisible qui peut alors générer des « mouvements » de foule spontanés**. Cette instabilité, et l'anonymat qu'elle procure au sein de la multitude, augmente également le **risque qu'elle soit détournée à des fins criminelles**.

990. *La définition de la foule criminelle*. Plus spécifiquement, **la foule criminelle est un ensemble de personnes, une masse d'individus assemblés, réunis en un même espace-temps, qui commet une action criminelle ou un ensemble d'actes criminels, sans nécessairement une entente préalable**. SIGHELE distingue deux formes de crimes collectifs : le crime par tendance « connaturelle » de la collectivité – dans lequel il compte notamment le brigandage ou la mafia – et le **crime où la collectivité agit par passion** dans lequel il compte le crime de foule¹⁹⁵³. La première forme renvoie plutôt à une pluralité et la seconde à une **multitude**. Si la première catégorie de crime s'avère, selon l'auteur, toujours préméditée car c'est le « facteur anthropologique » qui a le dessus¹⁹⁵⁴, dans le crime de foule, assimilé à une criminalité plutôt occasionnelle, « c'est le facteur social qui domine »¹⁹⁵⁵. Pour VIOT, la foule spontanée est plus à même de commettre des actes antisociaux que la foule qu'il dit être volontaire¹⁹⁵⁶.

En pratique, une foule criminelle peut commettre des violences contre des personnes ou des dégradations et destructions de choses. Et les auteurs s'accordent sur un point : la foule présente un « instinct puéril d'endommager tout ce qui lui tombe sous la main »¹⁹⁵⁷. Il peut

¹⁹⁵³S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 42.

¹⁹⁵⁴Ibid.

¹⁹⁵⁵Ibid.

¹⁹⁵⁶V. M. VIOT, op. cit., p. 57. Pour l'auteur, « les foules réunies à l'occasion d'une fête, d'un pèlerinage, d'un deuil et dans certains cas, de « revendications » politiques ou sociales, sont relativement calmes. Cela tient à ce qu'elles sont composées d'honnêtes gens et que, du moins pour quelques manifestations ouvrières ou « estudiantines », elles sont dirigées par des meneurs « de la profession et non de profession » (citant TARDE, *L'opinion et la foule*) ».

¹⁹⁵⁷M. VIOT, op. cit., p. 60 ; V. avant lui G. TARDE, op. cit., p. 82 pour les violences et les destructions puériles.

arriver que les destructions prennent la valeur d'un symbole¹⁹⁵⁸, dans le cadre de manifestations revendicatrices par exemple.

991. *La question de l'entente dans la foule détournée à des fins criminelles*. Nous avons vu que si la réunion de la multitude peut être au préalable organisée, il semble impossible que tous les mouvements de foule qui peuvent s'en suivre soient prémédités. Les actions commises en foule restent, *a priori*, toujours circonstanciées. C'est en cela que certains auteurs considèrent que **la foule est dénuée d'entente**. Nous comprenons dans cette affirmation que la foule est désignée comme telle, le plus souvent, seulement lorsqu'elle **produit des mouvements de foule**, qui naissent sans entente préalable. Aux yeux d'un observateur, la foule ne devient une entité que lorsqu'elle **agit à l'unisson pour la poursuite d'une finalité commune**. Cependant, nous ne saurions être aussi catégorique pour affirmer qu'aucune forme d'entente n'existe dans une foule. Car celle-ci peut être spontanée mais également provoquée, témoignant alors d'une certaine entente de quelques uns (mais pas toujours, notamment si le « provocateur » agit seul). Enfin, si la foule peut, dès son commencement, trouver un but illicite, un grand rassemblement licite et autorisé n'est pas à l'abri d'être détourné à des fins criminelles. Tout dépendra alors de sa composition et de la détermination de ses participants.

Paragraphe 2. Composition de la foule et de la foule criminelle

992. « *L'âme de la foule* »¹⁹⁵⁹. La foule est donc un ensemble de personnes réunies de façon hétérogène. Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il existe une véritable « âme collective »¹⁹⁶⁰ ou « âme de la foule »¹⁹⁶¹, comme le conçoivent respectivement LE BON et SIGHELE. La foule « forme un seul être et se trouve soumise à la **loi de l'unité mentale des foules** »¹⁹⁶². Cette « âme » existe parce que la foule est composée de meneurs et de menés¹⁹⁶³. Cette

¹⁹⁵⁸M. VIOT, op. cit., p. 61. L'auteur reprend notamment comme exemple « le 9 avril 1871, une foule, encadrée par des gardes nationaux, se précipite dans le hangar renfermant la guillotine, démolit l'instrument, charge sur une charrette à bois, bascule, lunette et le reste... et après avoir promené tout cela par les rues dans un grand concours de peuple comme on en fait pour le Carnaval, s'en vient jeter sa prise devant la Mairie du XII^{ème}, place Voltaire, aux pieds de la statue du philosophe ».

¹⁹⁵⁹S. SIGHELE, op. cit., p. 34.

¹⁹⁶⁰G. LE BON, *Psychologie des foules*, op. cit., p. 18.

¹⁹⁶¹S. SIGHELE, op. cit., p. 34.

¹⁹⁶²G. LE BON, *Psychologie des foules*, op. cit., p. 18.

¹⁹⁶³Pour TARDE, il faut ajouter, toutefois, que ce couple n'est pas exclusif de la foule. Le fait élémentaire est le couple, l'association à deux, qu'elle soit amoureuse ou criminelle. Il y a toujours un suggestionneur – meneur – et un suggestionné – mené (V. notamment S. SIGHELE, *Le crime à deux, Essai de psychologie morbide*, Paris : Masson et Lyon : Storck (Bibliothèque de criminologie), 2^{ème} éd., 1893). Et s'il n'y a ni meneur, ni mené,

distinction intéresse nécessairement le droit quant aux différentes responsabilités d'une infraction commise en foule.

993. *La présence d'un ou plusieurs meneurs dans la foule.* Il est de tradition de nommer celui ou ceux qui appellent la foule à agir des « meneurs » et il paraît impossible qu'une foule puisse exister sans meneurs. Que ces derniers soient ou non identifiés, ils demeurent « indispensables pour donner l'impulsion stimulante aux agrégats comme aux rassemblements volontaires »¹⁹⁶⁴. Comme le remarque justement TARDE, « le moyen est tout indiqué : s'attrouper, crier, chanter des refrains menaçants, casser des vitres, piller et incendier. Un agent de désordre n'a pas grand effort à faire, une fois la contagion en marche, pour décider deux ou trois cents paysans ou paysannes, en sortant des vêpres ou de la messe, par exemple, à ce genre de manifestation. Il n'a qu'à lancer une pierre, jeter un cri, entonner le début d'un chant ; aussitôt tout le monde suivra, et on dira ensuite que ce désordre a été spontané. Mais il a fallu nécessairement l'initiative de cet homme »¹⁹⁶⁵. **La foule doit donc être menée par un ou plusieurs individus, nécessairement vivants.** En effet, et c'est ce qui les distinguent notamment des groupements, les foules n'obéissent qu'à des « conducteurs vivants et présents, prestigieux corporellement, physiquement, jamais à des fantômes d'idéale perfection, à des mémoires immortalisées »¹⁹⁶⁶. Dans un groupement au contraire, le meneur peut mourir, son action pourra toujours survivre¹⁹⁶⁷.

994. *Meneurs invisibles ou apparents.* Le ou les meneurs ne sont pas nécessairement connus par tous, mais la foule devient, de leur faits, une seule âme. C'est pourquoi TARDE parle plus exactement de « leader »¹⁹⁶⁸, et LE BON de « conducteur »¹⁹⁶⁹. « Sa volonté est le noyau autour duquel se forment et s'identifient les opinions »¹⁹⁷⁰. Pour VIOT, alors que dans la foule

« le divorce n'y est pas loin ». Ce couple peut, certes s'agrandir, « par l'adjonction de néophytes successifs » (G. TARDE, op. cit., p. 96), mais il y aura toujours ce pluriel meneurs/menés.

¹⁹⁶⁴M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 35. Pour l'auteur, en l'absence de meneur, la foule se disperse sans être passée à l'action.

¹⁹⁶⁵G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., pp. 81-82.

¹⁹⁶⁶G. TARDE, id., p. 83.

¹⁹⁶⁷V. sur ce point G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit. p. 83. « Comme je viens de l'indiquer en passant, les corporations, dans leur longue existence, souvent plusieurs fois séculaire, présentent une série de meneurs perpétuels, greffés en quelque sorte les uns sur les autres et se rectifiant les uns les autres ; encore une différence avec les foules, où il y a tout au plus un groupe de meneurs temporaires et simultanés, qui se reflètent en s'exagérant. Autant de différences, autant de causes d'infériorité pour les foules ».

¹⁹⁶⁸G. TARDE, id., p. 80. Selon lui, la foule et la corporation ont un caractère identique et permanent : elles sont conduites par un « chef », apparent dans la corporation, caché le plus souvent dans la foule.

¹⁹⁶⁹G. LE BON, op. cit., p. 73.

¹⁹⁷⁰Ibid.

spontanée il faut distinguer les meneurs de ceux que nous nommerons les « excitateurs »¹⁹⁷¹, dans la foule provoquée, celui ou ceux qui auront appelé la foule en deviendront les meneurs¹⁹⁷². Et les autres personnes n'ont pas nécessairement connaissance d'une éventuelle finalité délictueuse.

995. *L'ascendance immédiate du meneur.* VIOT tente d'établir un « profilage » des meneurs : « ils s'imposent à la foule par leur passion vive et impétueuse et « projettent l'ombre énorme de leur psyché sur l'amorphisme des menés, les fascinent par le charme le plus grand qu'un homme puisse exercer »¹⁹⁷³. Ce sont ceux qui se révèlent au cours de l'action et ne sont pas nécessairement les élites morales ou intellectuelles mais ceux qui ont une capacité et une vigueur de l'intelligence¹⁹⁷⁴. Ils ne sont pas élus par vote mais simplement choisis par la foule, au regard de leur charisme¹⁹⁷⁵. « Le meneur peut agir pour son propre compte, mais souvent il relève d'un parti, d'une caste ou d'une secte »¹⁹⁷⁶. LE BON considère dans le même ordre d'idée que le meneur est le plus souvent non pas un homme de pensée, mais un **homme d'action**¹⁹⁷⁷. Autrement dit, celui qui démontre un certain prestige. Pour TARDE, dans les réunions organisées – bien différentes des foules –, « une volonté, pour être dominante, doit naître conforme, dans une certaine mesure, aux tendances, aux traditions des volontés dominées ; mais, une fois née, elle s'exécute avec une fidélité d'autant plus parfaite que l'organisation du corps est plus savante »¹⁹⁷⁸. Au contraire dans une foule, « une volonté impérative n'a pas à se conformer à des traditions qui n'y existent pas, elle peut même être obéie malgré son faible

¹⁹⁷¹L'auteur parle d'instigateur mais ce terme nous paraît inconvenable au vue de la distinction que nous faisons entre provocateur et excitateur.

¹⁹⁷²M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, pp. 37-38.

¹⁹⁷³M. VIOT, id., p. 36. Il cite notamment P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, Paris : A. Michalon, 1904.

¹⁹⁷⁴V. sur ce point M. VIOT, id., p. 40.

¹⁹⁷⁵V. également sur ce point G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p.96-97. Pour TARDE, « il y a plusieurs manières d'être meneur, d'être suggestif, impressionnant ». Il ajoute, « en premier lieu, on peut l'être autour de soi ou à distance, distinction importante. Car tel modèle agit à distance qui, de près, serait sans nulle action ou agirait autrement, ce qui n'a jamais eu lieu en fait d'hypnotisation véritable... par où l'on voit, entre parenthèses, que l'assimilation du phénomène qui nous occupe aux phénomènes hypnotiques ne doit pas être exagérée ». « En second lieu, de loin ou de près, c'est le degré exceptionnel tantôt de la volonté, l'intelligence restant médiocre, tantôt de l'intelligence ou seulement et surtout de la conviction, malgré la faiblesse relative du caractère, tantôt d'un robuste orgueil ou d'une vigoureuse foi en soi-même, dont on s'est fait l'apôtre, tantôt d'une imagination créatrice, qui donne à un homme de l'ascendant sur d'autres hommes. Il ne faut pas confondre ces diverses manières de mener ; et, suivant celle d'entre elles qui prédomine, l'action exercée par le même homme peut être excellente ou funeste. Ces quatre sortes principales d'influences, une volonté de fer, un coup d'œil d'aigle et une foi forte, une imagination puissante, un intraitable orgueil, sont souvent unis chez les primitifs ; et de là sans doute la profondeur de leur idolâtrie pour certains chefs ».

¹⁹⁷⁶M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 37.

¹⁹⁷⁷G. LE BON, *Psychologie des foules*, op. cit., p. 73.

¹⁹⁷⁸G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 80.

accord avec les tendances de la majorité ; mais, conforme ou non, elle est toujours mal exécutée et s'altère en s'imposant »¹⁹⁷⁹.

996. ***Le rôle des meneurs.*** Quoi qu'il en soit, les auteurs s'accordent à dire que les meneurs vont **suggérer** à « la foule en état de **monoidéisme** l'idée d'une action en rapport avec le motif qui l'a réunie et unifiée »¹⁹⁸⁰. VIOT considère que « le monoidéisme [de la foule] a singulièrement rétréci le champ de conscience des personnes qui la composent, ses faits et gestes se résumeront en des réactions aussi brutales que simples, à la manière de réflexes inconscients »¹⁹⁸¹. Le **rôle du meneur** est alors de donner l'impulsion non pas à la formation mais aux actes de la foule, par la propagation **de l'idée d'une action à suivre ensemble**. Selon TARDE, « le rôle de ces conducteurs est d'autant plus grand et distinct que la foule fonctionne avec plus d'ensemble, de suite et d'intelligence, qu'elle est plus près d'être une personne morale, une association organisée »¹⁹⁸².

997. ***Distinction entre meneur et perturbateur ou excitateur.*** Une remarque est toutefois à faire. En effet, il nous semble possible de faire la distinction entre le meneur de la foule, qui suggère l'action à entreprendre pour la poursuite de la finalité commune, de celui qui « excite » un ou des membres du rassemblement, au point parfois de le transformer en foule criminelle. Le meneur se différencie de l'« excitateur » notamment au regard de l'intentionnalité. Seul le premier démontre une volonté de diriger, de façon plus ou moins durable, l'action de la foule ou une partie, le second n'a pas nécessairement conscience d'être à l'origine d'un mouvement de foule. Ainsi faut-il **distinguer meneur de la foule et « perturbateur » de la finalité commune ou plutôt « excitateur »** à une destination criminelle de la multitude. Si la foule a d'emblée des visées criminelles, le meneur peut se confondre avec l'excitateur, mais les deux sont distincts dans une foule détournée à des fins criminelles. Et c'est dans cette dernière configuration que l'on retrouvera les interactions horizontales qui nous intéressent dans ce chapitre.

998. ***Les menés.*** Du côté des menés, une autre précision nous semble importante à établir. Meneurs et menés sont des qualificatifs qui se rapportent à une action dans la foule, c'est-à-dire au phénomène d'une foule agissante. Il paraît par conséquent facile de les concevoir lorsque

¹⁹⁷⁹Ibid

¹⁹⁸⁰M. VIOT, op. cit., p. 38.

¹⁹⁸¹M. VIOT, p. 55.

¹⁹⁸²G. TARDE, op. cit., p. 82.

l'on se représente un mouvement de foule, et cela même si le ou les meneurs ne sont pas apparents, « noyés » dans la foule. En revanche, lorsque l'on observe une foule ou qu'on se la représente, on peut concevoir qu'à côté des meneurs et des menés, d'autres individus puissent, ou bien se comporter en **simples spectateurs**, et ils ne font pas véritablement parti de l'ensemble, ou bien, à un moment donné, **ne pas agir à l'unisson de l'entité commune**¹⁹⁸³. Pour prendre l'exemple d'une représentation théâtrale, il peut arriver qu'à la fin d'un acte, un premier spectateur commence à applaudir, bientôt suivi par un autre puis de la plupart mais pas forcément de tous. L'exemple du briquet allumé pendant un concert par beaucoup mais pas par tous (parce qu'ils n'ont pas de briquet ou parce qu'ils n'ont pas le désir de suivre la masse à ce moment là) est une autre illustration de cette altération possible de l'influence du ou des meneurs. Ce fait démontre, selon nous, que malgré **l'unité apparente** d'une foule, se posera parfois sinon toujours **la question de la participation du mené à un mouvement de foule**. Ajoutons enfin que le meneur peut lui même, au regard des circonstances de fait devenir un mené et un mené devenir, inversement, un meneur. La question de la participation à un mouvement de foule concerne donc également **le meneur apparent de la foule**.

Elle peut se poser pour le simple spectateur car une confusion est toujours possible, liée au critère de temporalité de la foule. Si celle-ci se caractérise par la présence en un même lieu et pour un temps relativement court d'une multitude unie par une finalité commune, cela ne signifie pas que tous les individus présents en ce temps et en ce lieu font partie de cette foule. C'est la difficulté d'apprécier un critère subjectif (partage de la finalité commune) à partir d'un critère objectif (la présence) qui se pose ici, et cette question peut se révéler délicate si la foule s'est livrée à des actes criminels. Elle se posera d'autant plus si des actes criminels **isolés** ont été commis **dans** la foule. La multitude de la foule favorise l'anonymat mais aussi l'invisibilité des participations dans la mesure où elle place sur le même plan spatio-temporel les membres de la foule et son public. Elle porte déjà en elle un risque de confusion, car elle crée de fausses apparences dont profitent parfois des individus ou des groupes antisociaux pour tenter d'agir impunément.

999. *Les individus ou groupes antisociaux dans la foule*. Le nombre d'individus accroît la probabilité que s'introduisent dans la foule des individus plus enclins à la violence. Ainsi des groupes de « casseurs » peuvent s'infiltrer dans une foule déjà composée afin de se livrer à

¹⁹⁸³G. TARDE, op. cit., p. 80. C'est ce que TARDE évoque, selon nous, lorsqu'il précise que « la volonté impérative [du meneur] est toujours mal exécutée et s'altère en s'imposant ».

diverses actions antisociales. Par exemple, les mouvements « hooligans », dont le maître mot est la violence, ont provoqué bien des drames lors de manifestations sportives, en déclenchant des attaques collectives entre supporters de football aux abords et au sein des stades, entraînant des mouvements de panique dans la foule des spectateurs. Il paraît impératif de **contrôler** voire **d'écarter** ces **éléments perturbateurs et « excitateurs »**¹⁹⁸⁴ d'autant plus qu'ils semblent rechercher la foule à la fois pour imposer au public le spectacle de leur violence et pour se fondre impunément dans la multitude.

Il arrive également qu'une foule « déborde » au point que certains des individus qui la composent, des menés isolés mais plus souvent en groupe, se comportent différemment que prévu. Ce peut être dans un sens positif, et bien des actes de courage ont été favorisés par l'élan et l'émotion commune mais il se peut aussi que des individus échappent au contrôle de leur meneur et commettent des actes antisociaux. TARDE, citant justement l'exemple de l'émeute, précise qu'« un chef d'émeute ne dispose jamais complètement de ses hommes »¹⁹⁸⁵. Enclin à subir les forces de la foule, un mené peut devenir un « excité » et à son tour un « exciteur ».

1000. *Pour conclure sur la composition de la foule.* La composition de la foule démontre l'existence possible de **deux niveaux d'influence entre ses participants** : un **rapport vertical entre meneurs et menés**, les premiers suggérant aux seconds l'idée des actions à accomplir dans la poursuite de la finalité commune, et un **rapport d'influence horizontale**, exempte *a priori* d'une hiérarchisation des rôles, entre des individus menés parmi lesquels peuvent cependant **se révéler ou s'insérer des « excitateurs »**. Les deux types de rapports ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, notamment parce que des phénomènes comme la suggestion collective viennent parfois supplanter l'action du meneur de foule¹⁹⁸⁶. Qu'elle soit conçue comme une masse d'individus formant une entité ou comme la combinaison complexe de sujets isolés ou déjà réunis en groupe, la foule a donc suscité diverses théories pour expliquer la manière dont se constituent et se propagent certains mouvements de foule et comment elle peut favoriser la survenance d'actes criminels.

¹⁹⁸⁴Que l'on pourrait même qualifier dans certaines circonstances de meneurs d'une partie de la foule.

¹⁹⁸⁵G. TARDE, op. cit., p. 81.

¹⁹⁸⁶Nous étudierons les relations verticales présentes dans la foule. V. *infra* n° 1105.

II. Éléments de compréhension des phénomènes de foule applicables à la foule criminelle

1001. *Tentative d'explication des phénomènes de foule.* Parce qu'elle semble former « une âme collective » ou « une unité mentale », des auteurs se sont attachés à décrire une psychologie de la foule, distincte de celle de ses participants et pourtant en interaction avec eux. C'est admettre que la foule agit différemment suivant les individus qui la composent mais que ces derniers se comportent également de façon inhabituelle lorsqu'ils sont impliqués dans une foule. Malgré quelques critiques, les auteurs ne s'accordant pas toujours sur les notions proposées¹⁹⁸⁷, plusieurs théories ont été avancées pour appréhender les phénomènes sociaux observables dans une foule. Or certains de ces processus explicatifs, parmi lesquels on trouve l'imitation (Paragraphe 1) semblent correspondre à des phénomènes mimétiques qui pourraient être à l'origine des mouvements de foule (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Quelques processus à l'œuvre dans les mouvements de foule

1002. *L'« unité mentale » de la foule.* Sans prétendre être exhaustif, les notions d'imitation (A), mais aussi de contagion morale (B) et de suggestion collective (C) paraissent particulièrement aptes à expliquer l'unité d'action dans une foule, où la multitude semble ne former qu'une « unité mentale ».

A. L'imitation comportementale dans la foule

1003. *Une imitation collective.* Nous avons vu que pour TARDE, l'imitation constitue le fondement des relations sociales, parce qu'elle est innée chez l'homme, « une des tendances les plus fortes de sa nature »¹⁹⁸⁸. Dans la foule, **l'imitation se propage comme une onde**, d'individus en individus. Cette expression évoque l'image d'une « vague » (parfois décrite ainsi par les témoins à notre époque où des caméras captent les mouvements de foule) partant d'un point pour se diffuser en ondes linéaires ou concentriques, particulièrement observables dans les mouvements de fuite panique. Pour un auteur, « **chaque homme est individuellement**

¹⁹⁸⁷V. sur ce point M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 45.

¹⁹⁸⁸V. G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Réimpression, Paris : Editions Kimé, 1993.

disposé à l'imitation, mais cette faculté atteint son maximum chez les hommes assemblés ; les salles de spectacle et les réunions publiques, où le moindre battement des mains, le moindre sifflet suffisent à soulever la salle dans un sens ou dans l'autre, en donnent la preuve »¹⁹⁸⁹.

1004. *Une imitation comportementale.* La foule est donc **propice à des imitations comportementales**, se diffusant d'individus en individus, qui peuvent être parfaites lorsqu'elles sont la reproduction d'un acte à l'identique mais aussi imparfaites, pour la production d'acte similaires. Il en résulte une **apparence d'unité et d'équivalence entre les participants de la foule**. Incontestablement, ces différentes activités créeront une confusion dans l'esprit de celui qui est extérieur à la foule. En effet, dans une multitude, la scène globale peut paraître difficile à interpréter : tous agissant de manière identique ou ressemblante, on ne sait à qui attribuer l'origine de l'acte. Il s'agit bien, d'après notre concept, d'une imitation plurilatérale.

1005. *Le passage d'une imitation unilatérale à des imitations mutuelles et réciproques.* Dans la foule, l'imitation unilatérale existe nécessairement. Par exemple, lors d'un concert, un brandit un briquet, un autre va le suivre, sans qu'aucune entente n'existe, le premier n'ayant pas voulu nécessairement être imité par d'autres. Du fait de la multitude, le geste a cependant de fortes chances d'être repris par un autre, puis par d'autres par adhésion et donc par entente, voire adhésion réciproque. L'imitation deviendra alors plurilatérale. TARDE décrit ainsi « **le passage de l'unilatéral au réciproque** », « le simple jeu de l'imitation a donc pour effet, non seulement de l'étendre, mais de la mutualiser... Partout, elle transforme à la longue en rapports mutuels les rapports unilatéraux »¹⁹⁹⁰. Il évoque ainsi l'imitation à grande échelle, entre les peuples ou les classes sociales, et dans un temps assez long, mais la foule semble bien présenter en accéléré ce phénomène de mutualisation des imitations.

1006. *La notion de foule complexe au regard de l'imitation.* On peut d'ailleurs ajouter qu'une imitation plurilatérale dans la foule peut débiter entre deux individus et finir par toucher tous ses membres. TARDE parle sur ce point de « **foule complexe** »¹⁹⁹¹, notion qui nécessite quelques précisions. L'auteur parle d'une propagation de l'idée « par imitation de foule à foule »¹⁹⁹², qui se produit plus particulièrement, selon lui, lorsque le ou les meneurs sont cachés

¹⁹⁸⁹A. BORDIER, *La vie en société*, Paris, 1888. p. 76 (cité par M. VIOT, op. cit., p. 23).

¹⁹⁹⁰G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Réimpression, Paris : Editions Kimé, 1993, p. 367.

¹⁹⁹¹G. TARDE, *L'opinion et la foule*, p. 79 et 82. TARDE compare cette foule complexe aux ondes complexes en physique, enchaînement des groupes d'ondes.

¹⁹⁹²G. TARDE, id., p. 81.

dans la foule¹⁹⁹³. A ce titre, cette notion nous paraît renvoyer à une relation horizontale entre les individus. Cependant, parler d'un comportement de « foule à foule » ne nous semble pas très convenable, dans la mesure où l'expression semble évoquer plusieurs foules dans une même foule. Nous préférons celle de « foule complexe » qui renvoie au fait que l'entité foule, unie par une finalité commune, peut se composer de plusieurs groupements, eux-mêmes multiples, anonymes et habités d'une « sous-finalité » partagée. Les hooligans se déplacent en groupe pour « peser sur le sort d'une rencontre » sportive comme les autres supporters mais alors que ces derniers encouragent la victoire de leur équipe par leurs cris d'enthousiasme et l'expression d'une émotion collective, les premiers utilisent la violence. La notion de foule complexe permet aussi de conceptualiser la présence de groupes dans une foule, unis chacun par une entente, et l'on peut alors parler, dans l'esprit de TARDE, « **d'imitation de groupe à groupe** » **dans la foule**. De plus, il est à noter que cet auteur considère impropre le terme de « meneurs » dans cette composition de foule et qu'il évoque plutôt des meneurs « primaires » et des meneurs « secondaires »¹⁹⁹⁴. Loin d'être une catégorie particulière de foule, la notion de « foule complexe » vise donc davantage un phénomène qui se constate dans toute foule, même lorsque le meneur est visible, et que l'on nomme la contagion mentale, telle la propagation d'une maladie.

L'imitation favorise mais ne suffit pas à expliquer la foule. SIGHELE explique ainsi qu'« il est bien naturel que la faculté de l'imitation, innée chez l'homme, non seulement accroisse et redouble sa puissance, mais la rende cent fois plus grande au milieu d'une foule, là où toutes les imaginations sont excitées, et où l'unité de temps et de lieu hâte d'une manière extraordinaire et presque foudroyante l'échange des impressions et des sentiments. Dire que l'homme imite est une explication insuffisante en notre cas. Il faut savoir pourquoi l'homme imite ; c'est-à-dire il nous faut une explication qui ne s'arrête pas à la cause superficielle, mais qui découvre la cause première du phénomène »¹⁹⁹⁵.

C'est la notion de contagion mentale qui est suggérée ici, qui peut rendre compte de l'imitation de masse mais aussi, *a contrario*, du fait que certains individus dans la foule peuvent ne pas entrer dans l'action collective, comme s'ils n'étaient pas atteints par la contagion.

¹⁹⁹³Ibid.

¹⁹⁹⁴G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 82. Tout en considérant que « le rôle des meneurs secondaires va s'affaiblissant, celui des meneurs primaires va toujours croissant, agrandi à chaque nouveau tumulte né d'un tumulte précédant par contagion à distance »

¹⁹⁹⁵S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 51. « Beaucoup d'écrivains ont observé que l'imitation prend parfois, en se propageant, des formes aiguës, tant pour l'intensité que pour l'extension ; ils ont vu en outre qu'en certains cas, elle est moins volontaire qu'inconsciente ; ils ont tenté de l'expliquer, en recourant à l'hypothèse de la contagion, morale ».

B. La contagion mentale à la source de l'imitation comportementale

1007. ***La contagion mentale.*** L'imitation se diffuse dans la masse comme « une véritable contagion qui a son principe dans l'exemple »¹⁹⁹⁶. Des médecins¹⁹⁹⁷ s'accordent à comparer l'effet d'imitation qui existe dans une foule à une épidémie, un virus. Dans ce sens, M. JOLLY considérait que l'imitation est contagieuse, « de même que la variole naît d'un virus qui la transmet ; et de même qu'il existe dans notre organisation des maladies qui n'attendent pour se développer que la plus légère cause, de même il est en nous des passions qui restent muettes dans l'exercice de la raison, et qui peuvent s'éveiller par le seul effet de l'imitation »¹⁹⁹⁸. Pour SIGHELE, il est clair qu'il faut « attribuer à la contagion morale les manifestations imprévues et au premier abord incompréhensibles de la foule »¹⁹⁹⁹. M. BEGUE a notamment rapporté différents récits concernant des scènes de lynchage qui se révèlent être plus atroces lorsqu'elles sont commises en grand nombre²⁰⁰⁰.

1008. ***Une désindividuation propice à la contagion mentale.*** LE BON souligne que la contagion mentale dans une foule est rendue possible par la « submersion » des individus dans une masse anonyme, qui les conduit à perdre la conscience de soi et de leur responsabilité personnelle. Cette idée a été reprise par d'autres auteurs sous le terme de « désindividuation »²⁰⁰¹, laquelle est induite par l'anonymat, l'unité de la foule et l'intensité de l'excitation ressentie. Il s'en suit une augmentation de la sensibilité individuelle à l'environnement et une diminution des capacités morales, cognitives et de contrôle social, qui peuvent conduire à des comportements antisociaux.

1009. ***Une contagion des émotions et des idées.*** Avant d'être comportementale, la

¹⁹⁹⁶JOLLY *De l'imitation dans l'Union médicale*, t. VIII, p. 309, année 1869 (cité par S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 39).

¹⁹⁹⁷ Docteur EBRARD, *Le suicide considéré au point de vue médical, philosophique, etc.*, Ch. VII, (cité par S. SIGHELE, op. cit., p. 39). M. EBRARD considérait ainsi qu'« il y a dans les phénomènes de l'imitation quelque chose de mystérieux, une attraction qui ne peut mieux se comparer qu'à cet instinct irréfléchi et tout puissant qui nous incite, à peu près à notre insu, à répéter les actes dont nous avons été témoins et qui ont agi vivement sur nos sens et sur notre imagination. Cette action est si générale et si vraie, que nous en subissons tous plus ou moins le joug. Il y a une espèce de fascination dont certains esprits faibles ne peuvent se défendre ».

¹⁹⁹⁸JOLLY, *De l'imitation dans l'Union médicale*, t. VIII, p. 309, année 1869, cité par Sighele

¹⁹⁹⁹S. SIGHELE, op. cit., p. 55.

²⁰⁰⁰L. BEGUE, *Psychologie sociale des violences collectives*, in Cerveau & Psycho. L'essentiel novembre 2011-janvier 2012, n°8, p. 44.

²⁰⁰¹Introduit par L. Festinger, A. Pepitone, T. Newcomb, *Some consequences of deindividuation in a group*, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1952, 47, pp. 382-389.

contagion dans une foule est donc morale. Elle entraîne les individus à partager des émotions intenses autour de la finalité commune. Et la perte de la conscience de soi les rend particulièrement disponibles pour se laisser guider par un « leader » qui leur indiquera les actions à entreprendre, mais aussi pour prendre à leur compte les idées et les comportements d'autres participants à la foule, et ce d'autant plus que les sentiments de honte ou de culpabilité sont diminués.

1010. *Une vulnérabilité inégale à la contagion mentale.* La foule est composée d'éléments hétérogènes et certains psychosociologues estiment que les membres d'une foule sont inégaux dans leur capacité, de résister à la contagion morale ou de s'écarter des normes sociales. Nous comprenons ici que les participants d'une foule sont plus ou moins vulnérables à la contagion mentale qui se diffuse dans la foule et que certains d'entre eux pourront ne pas « obéir » ou imiter aveuglement leurs pairs.

1011. Les mouvements de foule démontrent néanmoins que la contagion mentale atteint suffisamment d'individus pour qu'ils agissent à l'unisson selon des idées d'actions qui leur sont suggérées par des meneurs.

C. La suggestion mentale dans la foule

1012. *La suggestion de comportements par des meneurs.* Selon les auteurs, les comportements individuels dans la foule sont moins volontaires qu'inconscients, parce qu'ils sont **imposés par suggestion mentale**. Pour LE BON, la suggestion relève du phénomène hypnotique. L'individu en foule est dans un état de fascination comme l'hypnotisé dans les mains de son hypnotiseur : « la vie du cerveau étant paralysée chez le sujet hypnotisé, celui-ci devient l'esclave de toutes les activités inconscientes de sa moelle épinière, que l'hypnotiseur dirige à son gré »²⁰⁰². C'est donc de l'état mental induit par contagion que profite le meneur, dans lequel la volonté individuelle est abolie et où tous agissent plutôt par instinct que par discernement.

Dans la foule et notamment la foule criminelle, la suggestion ainsi suscitée par un ou plusieurs individus entraîne le comportement par la seule force de leur volonté et par l'empire

²⁰⁰²G. LE BON, *Psychologie des foules*, op. cit., p. 21.

moral qu'ils exercent sur les autres²⁰⁰³. Ces meneurs mais aussi « excitateurs » sont et plus précisément des « suggestionneurs », ou des « stimulateurs ».

1013. ***La suggestion horizontale.*** Cela étant, il nous semble que LE BON parle davantage du rapport existant dans la foule du haut vers le bas, c'est-à-dire la relation verticale entre meneurs et menés. Or, pour VIOT, « la foule peut fort bien sinon inventer du moins modifier une consigne, sous le coup d'associations de réflexes : souvent les chefs de file sont ainsi débordés et entraînés bien au-delà de ce qu'ils auraient voulu dès qu'ils appellent la foule à l'action »²⁰⁰⁴. C'est ici souligner l'existence d'une **suggestion mentale entre les menés**. De plus, « dû à l'alternative, à la contradiction ou à la succession d'états de conscience qui naissent au contact de la foule »²⁰⁰⁵, « le meneur peut devenir lui-même le mené, « par réciprocité d'influence »²⁰⁰⁶. Plus largement, selon TARDE, « tantôt chacun est suggestionné par l'ensemble de tous les autres, suggestionneur collectif, y compris le meneur dominant, tantôt le groupe entier par celui-ci »²⁰⁰⁷, car dans la foule, la suggestion est « en grande partie réciproque »²⁰⁰⁸. Autrement dit, il existe une **interchangeabilité des rôles de suggestionneurs dans la foule**. Le suggestionné – meneur ou mené, ou un groupe faisant partie de la foule – peut lui-même devenir un excitateur. « L'avantage est de tendre à mutualiser l'action suggestive, primitivement unilatérale »²⁰⁰⁹. TARDE souligne ici que le pouvoir de suggestion du ou des meneurs (qui a pu donner lieu à une première imitation unilatérale) est contrecarré, affaibli, par celui de tous les participants à la foule.

A ce titre, les groupes antisociaux s'intégrant dans la foule sont à considérer catégoriquement comme des « excitateurs ». Certes, leur comportement peut n'entraîner aucune conséquence vis-à-vis des autres menés, cela paraît assez peu probable au regard de ce que nous venons de voir. Plus vraisemblablement, leur action délictuelle peut influencer par suggestion des participants à la foule qui seront amenés à présenter des comportements s'inscrivant également contre la loi. Ces excitateurs suggestionnent la foule à commettre des crimes.

²⁰⁰³S. SIGHELE, op. cit., p. 65, rapporte alors qu'« il y a enfin l'épidémie criminelle qui se développe surtout parmi les bandes nombreuses des criminels, et dans les crimes contre la pudeur ». SIGHELE donne un exemple dans lequel plusieurs criminels commettent un viol. L'un d'eux a une horrible idée, il est imité aussitôt par les autres. « Un seul de ces bandits avait donné l'exemple ; les autres l'avaient de suite imité, chantant et dansant autour du corps de la malheureuse ».

²⁰⁰⁴M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 48.

²⁰⁰⁵P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, Paris : A. Michalon, 1904, p. 14.

²⁰⁰⁶M. VIOT, op. cit., p. 40.

²⁰⁰⁷G. TARDE, *L'opinion et la foule*, p. 96.

²⁰⁰⁸Ibid.

²⁰⁰⁹G. TARDE, op. cit., p. 97.

Bien que certains groupes s'insèrent délibérément dans une foule pour commettre des dégradations et/ou des violences, tels les hooligans, en général la suggestion réciproque n'est pas consciente. Ni l'excitateur ni les suiveurs ne se ressentent comme tels, pris dans le déchaînement émotionnel et le mouvement collectif. Sur ce point, on a pu rapprocher le crime de foule du crime passionnel dans la mesure où la foule libère des tendances profondes de l'individu. Cette condition, liée à l'anonymat du regroupement de masse abolit à la fois toute censure individuelle et tout contrôle social collectif.

1014. *Pour conclure sur la définition de la foule et sa composition.* Contagion mentale des émotions dans l'union et la poursuite d'une finalité commune, suggestion qui entraîne les individus dans un agir réciproque et imitation mutuelle sont autant de processus d'interactions sociales qui rapprochent la foule d'un phénomène mimétique dont il convient donc de préciser les caractéristiques. La foule est en effet éphémère, admet un début et une fin, et peut en cela être conçue comme **un événement qui rassemble des individus liés entre eux par un ou des agirs mimétiques.**

Paragraphe 2. La foule conçue comme le lieu d'un agir mimétique horizontal

1015. *Des phénomènes mimétiques.* Maurice VIOT explique que dans la foule, « à côté de la volonté et des formes élevées de l'esprit humain, il existe [...] une activité automatique normale soumise à un déterminisme rigoureux »²⁰¹⁰. « L'hétéro-suggestion²⁰¹¹ consiste donc en un **transfert de sensations, de représentations et surtout d'impulsions** s'effectuant non en vertu de certaines raisons ou de certains mobiles, comme pour la persuasion, mais directement à la manière **d'excitations** »²⁰¹². Pour l'auteur, cette transmission n'a lieu qu'au prix d'un rétrécissement du champ de la conscience. La foule entraîne la disparition, dans l'esprit de ses membres, des concepts étrangers au but du rassemblement. A ce moment là, on peut dire que la représentation est créée par le biais de la foule et prédomine sur les autres. L'auteur fait ici, ni plus ni moins, référence à un phénomène mimétique²⁰¹³.

Pour s'en assurer, il convient de vérifier la présence des trois conditions que nous avons

²⁰¹⁰M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p. 31.

²⁰¹¹V. M. VIOT, op. cit., p. 31, note de bas de page 6. VIOT différencie de l'auto-suggestion, l'automatisme créé par une personne elle-même.

²⁰¹²M. VIOT, id., pp. 31-32.

²⁰¹³M. VIOT, op. cit., p. 33, évoquant explicitement un « mimétisme moral, joint à un conformisme ».

développé précédemment, à savoir : une **représentation commune** de l'activité du groupement (A), un **agissement intentionnel et partagé en se référant à l'autre de façon complémentaire** (B) et une **coopération mutuelle dans l'action** (C).

A. Une représentation commune de l'événement en évolution constante.

1016. *La représentation commune.* Premièrement, VIOT évoque bien l'idée d'une **représentation commune**. Il considère d'une part, à propos des **foules spontanées**, qu'« étant donné le rétrécissement du champ de la conscience causé par le monodéisme d'attention, cette perception, qui n'est autre chose qu'une **représentation** vive, reproduira chez ces derniers [gens groupés à l'entour], par suggestion, **les mêmes changements corporels** »²⁰¹⁴. D'autre part, à propos des **foules provoquées** suite à une réunion volontaire, il affirme que « dès que le but est connu, il se transforme dans leur esprit en une **représentation** qui **prend possession de la conscience et en exclut toute image non conforme** »²⁰¹⁵.

L'auteur évoque ici la création d'une représentation commune, d'une image mentale identique pour tous les participants au moment de la naissance de la foule.

1017. *La représentation dans la foule spontanée.* Ainsi dans les **foules spontanées**, la perception d'un fait extérieur, qui survient **soudainement**, par une multitude d'individus se trouvant en même temps au même endroit crée en leur esprit la **même représentation de ce fait** qui les conduira à adopter, par suggestion, les mêmes comportements en réponse à cette représentation. On pense par exemple à une détonation, perçue et interprétée par tous comme un événement inquiétant (représentation commune) et qui, parce que l'un d'eux aura commencé à courir ou crié à l'alerte à la bombe, déclenchera une émotion de panique générale et une fuite effrénée de la multitude transformée en mouvements de foule. Ce genre de situation révèle combien les représentations communes peuvent être labiles et évoluer rapidement par suggestion des uns sur les autres. De la représentation d'un événement inquiétant, qui met tout le monde dans un état d'alerte vigilante, on passe à celle de danger à fuir, etc. par contagion des émotions et imitation mutuelle.

1018. *La représentation dans la foule provoquée.* Pour les **foules provoquées**, la

²⁰¹⁴M. VIOT, *ibid.*

²⁰¹⁵M. VIOT, *op. cit.*, p. 34.

représentation commune est créée, selon l'auteur, **avant la réunion**, dès la connaissance par leurs membres de leur objectif. Cela suggère que les organisateurs de la foule sont porteurs d'une **image à défendre, à combattre ou encore à soutenir**. On pense bien évidemment ici à la manifestation. Dans ce cas, la première représentation est fournie par les meneurs de la foule, avant sa réunion, et semble renvoyer à une suggestion verticale, du haut vers le bas entre les organisateurs et les participants.

Dans les deux cas, et durant toute la durée de l'événement, il semble que cette représentation initiale, image qui détermine la poursuite d'une finalité commune, fonde « l'âme collective » ou « l'unité mentale » de la foule.

1019. *Une représentation évolutive.* La notion de suggestion évoquée par les auteurs souligne combien cette **représentation** initiale commune est toujours **en constante évolution**, et cela quelle que soit l'origine de la foule, spontanée ou provoquée.

A côté de la suggestion exercée par les meneurs de la foule entière sur les menés, en rapport avec la finalité commune, des changements de comportements peuvent apparaître en réponse à la suggestion exercée par des « excitateurs ». La **suggestion naît ainsi également d'autres individus excitateurs, suggestionneurs**, qui suscitent d'autres images ou représentations de l'événement en cours. Elle accroît en étendue et en intensité si elle est favorisée par des conditions particulières de lieu ou encore au regard de celui ou de ceux qui la suscitent et la font agir²⁰¹⁶.

1020. *Le contenu de la représentation.* Quant au contenu de ces représentations, TARDE considère que « dans une foule, il est plus facile de **propager une image puérile qu'une abstraction vraie**, une comparaison qu'une raison, la foi en un homme que la renonciation à un préjugé »²⁰¹⁷. L'auteur parle notamment de l'image suggestionnée par le meneur mais sa réflexion est transposable à la suggestion mutuelle que tous les participants peuvent exercer les uns sur les autres, par contagion.

Car les auteurs s'accordent à dire que la foule vaut moins que la somme des hommes pris individuellement, même si cette multitude est composée en majorité d'hommes intelligents. « Ainsi est fait l'esprit collectif : les images s'y succèdent incohérentes, superposées, ou juxtaposées sans lien, comme dans le cerveau de l'homme endormi ou hypnotisé, et chacune à

²⁰¹⁶S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 59.

²⁰¹⁷Ibid., p. 83.

son tour y envahit le champ total de l'attention »²⁰¹⁸. VIOT considère que « l'individu intégré dans ces groupes [...] subi[t] un véritable « décloisonnement »²⁰¹⁹ : il a perdu ses habitudes, ses coutumes, ses contrats, tout ce qui le portait à juger et à réfléchir : il ne lui reste plus que les éléments dynamiques, les élans et les émotions organiques résultant de la fusion des corps »²⁰²⁰. De plus, TARDE ajoute qu'« en général [les foules] sont inférieures ... en moralité à la moyenne de leurs membres »²⁰²¹. Par conséquent, nous en retenons que les actes antisociaux trouvent dans une foule un lieu propice à leur commission, si **l'image suggérée est celle d'une scène délictuelle – de violence ou dégradation** - plus facilement acceptable par des individus dont le sens moral est momentanément diminué.

1021. *Pour conclure sur la représentation commune de l'événement.* Malgré l'unité mentale de la foule, on comprend qu'elle puisse être traversée par « des turbulences », que certains participants auront suscité chez d'autres par la suggestion d'images communes qui elles-mêmes entraîneront des comportements mimétiques. On retrouve ici la notion de foule complexe dont la cohésion peut toujours être remise en question par des « mouvements de foule » imprévisibles ou des agissements de certains « dans la foule ». C'est de **ces actions communes de la foule et dans la foule** qu'il convient maintenant d'examiner le caractère intentionnel. Car non seulement les membres d'une foule agissent tous vers un même but mais ils partagent celui-ci et tournent leurs actions dans ce sens pour une réussite commune.

B. Des agissements intentionnellement partagés en référence mutuelle

1022. *Des agissements par mimétisme.* Si l'on considère la foule toute entière, son « âme collective », VIOT précise que « les sentiments et **les volontés individuelles tend[en]t vers un objet commun** et créent l'unité du groupe »²⁰²². Les individus dans la foule vont alors se comporter selon l'image suggérée, selon un « modèle social », au sens de M. Christoph WULF, en « exprimant par le corps une représentation sociale ». **Ceux qui « agissent » l'image conformément leur comportement en se référant aux autres, de manière complémentaire et**

²⁰¹⁸S. SIGHELE, op. cit., p. 86.

²⁰¹⁹VIOT reprend le terme de DUPRIEL, *Y a-t-il une foule diffuse*, in Compte rendu centre international de Synthèse, 1934.

²⁰²⁰M. VIOT, op. cit., p. 48.

²⁰²¹G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 83.

²⁰²²M. VIOT, op. cit., p. 34.

ournée vers une même détermination. Cette complémentarité n'empêche aucunement une adaptation du comportement du suggéré-excité. Il peut ajouter, supprimer à son acte, mais il reste dans le rapport comportemental qui s'est créé. Ainsi des **imitations comportementales** pourront être accomplies, au côté de comportements différents mais toujours tournés vers le même but, référés à la même image.

1023. *La référence à celui qui suggère l'image.* Le participant à une foule n'agit plus « comme un parmi tous » mais « comme et avec tous ». Ce qui, nécessairement, entraînera des méprises chez le public observateur d'une action de foule qui ne peut qu'attribuer l'acte à la collectivité, et non plus à l'individualité. Noyé dans la masse, l'individu perd son identité. Ce sentiment d'anonymat qui va parfois l'entraîner à se soustraire au contrôle social (de la loi) et à se sentir irresponsable, sa responsabilité se trouvant diluée dans la multitude. Au lieu de suivre les lois de la collectivité étatique, il suit les lois de la collectivité de foule dont il fait nouvellement parti. Ainsi, en pratique, si l'image est une scène de violence et de destruction, une fois représentée, elle peut devenir sa nouvelle loi et il s'y conformera. Alors que seul il n'aurait jamais agi contre la norme étatique, **avec et en référence à plusieurs**, il agit contre celle-ci, sans pour autant en avoir conscience individuellement. Plus exactement, « les cris qu'elle [la foule] pousse se résument en deux formules : « Vive » ou « A bas » quelqu'un ou quelque chose »²⁰²³.

Pour VIOT, « la foule est donc une « grande passionnée », mais même au paroxysme de ses fureurs, elle se croit une mission de justicière : quand elle se livre à des accès odieux, elle n'a pas conscience de commettre crimes sur crimes ; si elle lynche un malheureux, c'est qu'elle suppose que l'impunité va lui être assurée »²⁰²⁴. C'est ici souligner que les individus de la foule agissent intentionnellement, volontairement, mais selon une **conscience collective, qui prend le pas sur la conscience individuelle.**

Et ce phénomène se produit également si l'on considère la **foule complexe**, c'est à dire certains mouvements de foule dans la foule, ou bien le comportement que certains groupes se mettent à agir ensemble, selon une représentation mutuelle qui s'est propagée par contagion entre des participants, unis momentanément par une conscience de groupe.

²⁰²³M. VIOT, id., p. 47.

²⁰²⁴M. VIOT, id., p. 51.

C. Une coopération mutuelle dans l'action

1024. *La coopération mutuelle entre les actants.* Enfin, pour véritablement considérer que l'action de foule est une action de mimétisme social, il convient de rechercher la **coopération mutuelle**. En effet, dans une scène d'agir mimétique, les actants doivent coopérer pour reproduire les images suggérées.

Dans une foule, la coopération mutuelle est parfois évidente. Applaudir à un spectacle, c'est bien exprimer ensemble son plaisir de spectateur, encouragé éventuellement par un meneur²⁰²⁵. Participer à une manifestation, c'est agir selon le principe que « l'union fait la force » et donner du poids à l'expression de son opinion en coopérant à celle d'autrui. Selon quoi le moyen utilisé est de « marcher ensemble », « crier ensemble », etc. Dans les deux cas, la coopération permet la recherche d'un résultat que le comportement individuel seul n'aurait pu atteindre, car il aurait eu beaucoup moins d'impact²⁰²⁶.

1025. *Coopération et foule complexe.* La coopération mutuelle est donc également à évaluer au regard de la notion de **foule complexe** de TARDE, c'est-à-dire au sein des différents groupes qui peuvent agir dans la foule. On a vu que certains individus peuvent se désolidariser de la foule, et encore plus si une suggestion excitatrice se propage parmi plusieurs de ces participants qui vont alors mettre en place, par imitation et coopération, un agir mimétique pour représenter l'image suggérée. On est alors ramené à l'imitation plurilatérale de groupe étudiée dans le chapitre précédent, à la différence que l'entente s'est créée autour de circonstances particulières et qu'elle est instantanée et éphémère.

1026. *Pour conclure sur les phénomènes de foule et de foule criminelle.* SIGHELE relève – que « dans tous les états de dégénérescence, comme à l'état normal, la suggestion

²⁰²⁵Par ex, « faites du bruit pour... ! ».

²⁰²⁶Mais certains comportements de foule interrogent. Comment interpréter certains mouvements de fuite panique qui provoquent des bousculades ou des masses compressées et se mouvant par vagues, responsables de blessures physiques des participants voire causant la mort de certains par asphyxie ou écrasement ? Il nous semble que dans ce cas, c'est bien également la mauvaise coopération qui provoque l'effet négatif du mouvement de foule. Car dans de telles circonstances, beaucoup d'individus vont continuer de se diriger vers des voies manifestement sans issues, pour s'agglutiner et pousser ensemble, alors que d'autres, isolés ou en groupe, rechercheront d'autres moyens de fuir. L'onde de la propagation de l'imitation dont parle TARDE est un phénomène physique, observable après coup sur les images des caméras de surveillance des grandes manifestations, où l'on voit la foule se déplacer par vagues successives vers un point de fuite puis, lorsqu'il devient impossible d'avancer, continuer de se mouvoir comme une vague unique par des poussées et des arrêts successifs, au risque d'écraser ceux qui tombent ou ne suivent pas le mouvement collectif.

commence par un simple cas **qu'on pourrait appeler d'imitation**, et peu à peu elle se développe et s'étend, et elle arrive aux formes collectives et épidémiques, aux formes de vrai délire, dans lesquelles les actes sont involontaires, accomplis [...] par une force irrésistible »²⁰²⁷. Plus précisément, la foule semble bien être le **lieu d'un agir mimétique** entre ces participants car les processus « psychologiques » qui gouvernent cette « âme unique » la rendent propice à la propagation de représentations communes et de comportements de coopération dans la poursuite d'une finalité commune.

C'est aussi par suggestion et contagion que la foule peut se désorganiser, se fragmenter en des entités plus petites qui s'uniront pour commettre ensemble une action collective, qui ne sera d'ailleurs pas nécessairement antisociale, bien que les actes antisociaux soient favorisés par l'anonymat et le sentiment d'impunité que procure la foule. Ces comportements mimétiques alors observables pourront se traduire par une imitation parfaite ou imparfaite ou encore d'autres comportements mais tournés vers une même détermination criminelle. De ce fait, comme le conçoit SIGHELE, « nous ne devons pas chercher si les auteurs d'un crime commis dans la fureur d'une foule sont responsables ou demi-responsables, vieilles formules qui expriment des idées fausses ; nous devons rechercher seulement quelle est la manière la mieux appropriée de réagir contre eux »²⁰²⁸.

Les crimes commis dans la foule posent la question du libre arbitre²⁰²⁹ des membres de la foule, puisque ces derniers subissent incontestablement une force, quasi-irrésistible et exclusive qui va à l'encontre de la conscience de soi et des autres. Du fait de la multitude, il paraît peu aisé de concilier actes et individualités, et donc actes et responsabilités. En particulier, parce que certains sont « excitateurs » et d'autres « excités », la question qui se pose est de savoir comment le droit pénal saisit cette multitude lorsqu'elle agit contre les normes sociales.

²⁰²⁷S. SIGHELE, op. cit., p. 66.

²⁰²⁸S. SIGHELE, id., p. 43.

²⁰²⁹V. notamment S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 41-42. SIGHELE rapporte que le crime de foule doit être jugé différemment de celui commis par un seul. Soulignant que « l'école positiviste de droit pénal prouva que le libre arbitre est une illusion de la conscience, elle dévoila le monde, inconnu jusqu'alors, des facteurs anthropologiques, physiques et sociaux du crime », « la part que prennent le facteur anthropologique et le facteur social est bien différente ».

SECTION 2 : INFRACTIONS ET MESURES DESTINEES A PREVENIR OU REPRIMER UNE IMITATION ILLICITE PLURILATERALE PAR CONTAGION

1027. *Le droit et la foule.* Le droit positif français ne méconnaît pas la foule. Plus exactement, il cherche à la gérer et la contrôler. C'est au travers notamment des notions de « manifestation », d'« attroupement » ou encore de « réunions publiques » que l'on découvre comment le droit prend en compte certains phénomènes de foule. Nous avons choisi d'étudier plus particulièrement la manifestation et l'attroupement, deux réalités bien différentes, qui semblent davantage correspondre au rassemblement d'une multitude de personnes²⁰³⁰. La manifestation est un rassemblement qui doit être déclaré. Elle a une connotation méliorative, renvoyant à la liberté fondamentale d'exprimer des opinions. L'attroupement, s'il peut être concerté, est un rassemblement plus spontané. Il a une connotation plutôt péjorative, car autour de cet agir social flotte « une présomption de volonté de troubler l'ordre public, de causer des incidents, de susciter des mouvements subversifs »²⁰³¹, comme si tous les membres de ce rassemblement s'étaient unis pour troubler l'ordre public.

Ainsi le législateur prévoit-il des textes pour encadrer les événements qui réunissent un grand nombre de participants, tels que la manifestation ou l'attroupement (I) pour en prévenir et sanctionner les éventuels débordements (II). L'étude de ces dispositions permettra de déterminer si le droit pénal comprend des notions telles que la contagion mentale, la suggestion et l'agir mimétique à la base des phénomènes de foule que nous avons décrits précédemment.

²⁰³⁰La Loi du 30 juin 1881 sur la liberté des réunions prévoit également la réunion publique (L. 1881-06-30 Bull. des lois 12e S., B. 644, n° 10927). Elle se distingue de la manifestation par l'usage de la voie publique. Si la réunion publique ne trouve pas de définition, il est possible d'en cerner les contours dans la jurisprudence de l'ordre administratif. Ainsi le Conseil d'État la définit comme une « réunion concertée ou organisée en vue de la défense d'idées ou d'intérêts » (CE, 6 août 1915, DELMOTTE, DP 1916. 3. 1 ; LEBON 275, concl. CORNEILLE). En outre, dans ses conclusions relatives à l'arrêt BENJAMIN, le commissaire du gouvernement considère que « la réunion constitue un groupement momentané de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions en vue de se concerter pour la défense d'intérêts. La réunion se distingue de l'association en ce que cette dernière implique un lien permanent entre ses membres ; elle ne doit pas être confondue non plus avec un spectacle théâtral ou un spectacle de curiosités soumis, l'un et l'autre, à des régimes juridiques différents de celui de la réunion » (CE 19 mai 1933, Lebon 541 ; S. 1934. 1, concl. MICHEL et note MESTRE). Ainsi, comme l'indique M. Jean-François DREUILLE, la réunion publique présenterait trois caractères : un groupement momentané, un objectif déterminé et des modalités d'organisation spécifique. V. J.-F. DREUILLE, *Manifestations et réunions publiques*, art. 431-9 à 431-12, J.-Cl. Pénal Code, 2008, fasc. 20, n° 11. ; V. également DELBOS, *Droit de réunion*, Rép. Pén., 2014 n° 65 ; J. Fialaire, *Police des réunions et manifestations*, J.-Cl. Adm., fasc. 210, 2012 ; R. ARNETTE, *La liberté de réunion en France, Son histoire et sa législation*, Thèse Paris 1894 ; J. ROBERT, *Libertés publiques, la liberté de se réunir*, Paris : Montchrestien, 7^{ème} éd., 1990.

²⁰³¹V. J. ROBERT, *La manifestation de rue*, Revue de droit public, 2006, p. 829.

I. La manifestation et l'attroupement : des exemples de foules réglementées ou tolérées

1028. **Compréhension des termes.** Du latin *tropus*, l'attroupement trouve une origine incertaine. Rapprochée de la *turba*, la troupe signifie « l'entassement ». L'attroupement, tel que nous l'entendons aujourd'hui, n'apparaît pas dans le Code pénal de 1810. MERLIN DE DOUAI distinguait l'attroupement licite de l'attroupement séditionnel²⁰³², alors qu'aujourd'hui, tout attroupement est le « rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public »²⁰³³.

Plus certainement, du latin *manifestare, manifestus*²⁰³⁴, la manifestation signifie « rendre manifeste, rendre visible à la raison ». Ce terme n'a pas le même sens aujourd'hui qu'avant 1905, parce que la manifestation est également « une notion en perpétuelle mutation »²⁰³⁵. Si autrefois elle correspondait plutôt à l'expression de revendications institutionnelles d'ordre économique ou politique, désormais elle est également l'expression de revendications sociales, voire philosophiques²⁰³⁶, et comprend tout rassemblement dont les membres affichent une même détermination, telles que les manifestations sportives, culturelles ou encore récréatives. Remarquons que ces deux notions se situent au carrefour du droit administratif et du droit pénal.

1029. Il ne s'agira pas ici de faire un détail du régime juridique de la manifestation et de l'attroupement, n'étant pas l'objet de notre démonstration. Nous nous concentrerons à démontrer, comment au travers des textes et de la jurisprudence, il est possible de considérer que ces rassemblements peuvent constituer des exemples de foule.

Ces événements impliquent parfois un grand nombre de participants et doivent être contrôlés afin d'éviter tout débordement ou tout mouvement de foule illicite. La manifestation est une illustration de foule en principe organisée qui doit être déclarée (Paragraphe 1) alors

²⁰³²M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris : Garnery, 1812-1825, 4^{ème} éd., t. 1, V^o Attroupement, p. 411. Il définit cet attroupement comme une assemblée illicite et tumultueuse.

²⁰³³Art. 431-3 C. pén.

²⁰³⁴E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1873, V^o Manifestation.

²⁰³⁵M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, Rép. pén., 2016, n^o 50.

²⁰³⁶V. notamment M. MURBACH-VIBERT, *ibid.* ; V. également M. le Professeur Pierre FAVRE considérant la manifestation comme « un déplacement collectif organisé sur la voie publique aux fins de produire un effet politique par l'expression pacifique d'une opinion ou d'une revendication » (P. FAVRE, *La manifestation*, Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. 15).

que l'attroupement correspond plutôt à une foule inorganisée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La manifestation : une foule en principe organisée soumise à déclaration

1030. *Une notion historiquement évolutive.* L'évolution historique de la notion de manifestation est liée à celle de la **liberté d'expression** dans les limites de la prévention du trouble à l'ordre public. « La perception politique de la manifestation comme une atteinte potentielle à l'omnipotence de l'État explique qu'historiquement celle-ci a été bannie, puis tolérée et seulement enfin consacrée »²⁰³⁷.

En 1789, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions [...] pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public »²⁰³⁸, cette disposition étant renforcée par l'adoption, la même année, de décrets autorisant le droit de rassemblement, dans le respect de la loi²⁰³⁹. Ce n'est cependant qu'à partir de 1848 que la manifestation trouve le sens politique qu'on lui attribue aujourd'hui²⁰⁴⁰. Les manifestations sont massives, pacifiques, désarmées à la demande des organisateurs, disciplinées et organisées. M. Mathias MURBACH-VIBERT remarque que « la plupart des textes régissant le maintien de l'ordre ont été adoptés par réaction à des troubles graves de l'ordre public, comme si l'on ne pouvait légiférer dans cette matière que sous la pression des événements »²⁰⁴¹. En 1935 est ainsi créé un décret-loi²⁰⁴², conséquence des affrontements sanglants du 6 février 1934 et des jours qui ont suivi. Premier texte réglementant la manifestation comme on l'entend à présent, il interdisait les réunions sur la voie publique à

²⁰³⁷M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 6.

²⁰³⁸La liberté de rassemblement sera confirmée par la Constitution du 3 septembre 1791 dans son titre premier relatif aux dispositions fondamentales. Y est précisé que les citoyens doivent exercer cette liberté « en satisfaisant aux lois de police ».

²⁰³⁹V. notamment l'article 68 du décret du 14 décembre 1789 concernant la constitution des municipalités reconnaissant « le droit pour les citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes » (V. Décret du 14 décembre 1789 concernant la constitution des municipalités, in Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787-1799) sous la direction de E. LAURENT, J. MAVIDAL, t. X, Du 12 novembre au 24 décembre 1789, Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1878. pp. 564-567). Plus tard, un décret du 26 juillet et du 3 août 1791 relatif à la réquisition et à l'action de la force publique contre les attroupements sanctionne à son article 9 « tout rassemblement séditieux de plus de quinze personnes s'opposant à l'exécution d'une loi, d'une contrainte ou d'un jugement » (L. 5. 734 ; B. 16. 306 ; Mon. Des 27 et 29 juillet 1791). M. MURBACH-VIBERT remarque que dans la conjoncture révolutionnaire, les pouvoirs publics faisaient souvent l'amalgame entre réunion publique, attroupement ou rassemblement séditieux, manifestation telle que nous la définissons aujourd'hui (V. M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 8.)

²⁰⁴⁰V. P. FAVRE, *La manifestation*, op. cit., p. 86. Pour l'auteur, le printemps 1848 marque en France la date de naissance de la manifestation telle que nous la concevons aujourd'hui.

²⁰⁴¹M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, op. cit., n° 12.

²⁰⁴²V. Décret-loi 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public (DP 1935. 4. 367).

moins d'une déclaration préalable et de l'absence d'interdiction par l'autorité investie des pouvoirs de police qui estimerait l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public. On retrouve cette réglementation, presque inchangée, aux articles L. 211-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure²⁰⁴³. Il est nécessaire d'étudier la définition de la manifestation (A) avant sa réglementation (B).

A. L'expression collective et publique d'une opinion ou volonté commune

1031. ***L'absence de définition légale de la manifestation.*** La manifestation ne trouve aucune définition légale, le Code de la sécurité intérieure se contentant de désigner, dans sa section dite « manifestations sur la voie publique », « tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique ». La doctrine s'est alors chargée de trouver une définition claire de la manifestation. MM. les Professeurs André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON la définissent comme « le fait, pour un certain nombre de personnes, d'user de la voie publique, soit de façon itinérante, soit de façon statique, afin d'exprimer collectivement et publiquement, par leur présence, leur nombre, leur attitude, leurs cris, une opinion ou une volonté commune »²⁰⁴⁴. Pour M. le Professeur Gilles LEBRETON, elle est « un rassemblement de personnes qui utilisent la voie publique pour exprimer une volonté collective »²⁰⁴⁵, pouvant être immobile et être qualifié de rassemblement, ou mobile, appelé cortège.

Le législateur, par ailleurs, n'a pas négligé les manifestations d'un autre ordre que politique. En effet, selon l'article L. 211-11 du Code de la sécurité intérieure, « les organisateurs de manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif peuvent être tenus d'assurer un service d'ordre lorsque leur objet ou leur importance le justifie ». Toutefois, là encore, aucune définition précise de ces événements n'a été proposée par le législateur.

1032. ***La définition jurisprudentielle de la manifestation.*** Face à cette absence, récemment, la chambre criminelle a, et pour la première fois, dans un arrêt du 9 février 2016, définit la manifestation comme « tout rassemblement, statique ou mobile, sur la voie publique d'un groupe organisé de personnes aux fins d'exprimer collectivement et publiquement une

²⁰⁴³Codifiés en 2012 par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012.

²⁰⁴⁴A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, Paris : Litec, 2^{ème} éd., 1998, n° 992.

²⁰⁴⁵G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris : Sirey, 8^{ème} éd., 2009, p. 524.

opinion ou une volonté commune »²⁰⁴⁶. Cette solution permet ainsi de donner un contour exact de la manifestation.

1033. *D'une pluralité à la multitude.* En premier lieu, décrite comme un rassemblement, la manifestation est avant tout collective, même si aucun texte ne fixe de seuil à partir duquel il est possible de qualifier un rassemblement humain de manifestation. Cette question reste donc soumise à l'appréciation du juge même si, pour les manifestations sportives, culturelles et récréatives, l'article L. 613-3 du Code de la sécurité intérieure semble évoquer un rassemblement de plus de 300 spectateurs. Il s'agit plutôt d'une limitation du texte, qui concerne l'accès aux enceintes et non d'un seuil minimal pour caractériser une manifestation²⁰⁴⁷. C'est pourquoi nous comprenons le terme de « groupe » utilisé dans l'arrêt du 9 février 2016 comme non exclusif, c'est-à-dire que la manifestation peut être le fait d'un petit nombre de personnes (groupe restreint) comme d'une multitude d'individus. Or, les autres conditions de la manifestation, notamment son caractère public, et ce que nous avons vu précédemment des phénomènes mimétiques²⁰⁴⁸, nous autorise à concevoir qu'un petit groupe de manifestants peut appeler d'autres individus à les rejoindre, jusqu'à constituer une foule pour donner plus de force à l'opinion ou la volonté exprimée. On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas une finalité de la manifestation que de convaincre le public de se joindre au mouvement.

1034. *Un rassemblement statique ou en mouvement.* Deuxièmement, la

²⁰⁴⁶Cass. crim., 9 février 2016, n° 14-82.234, JCP S 2016. II. 1130, note H. GUYOT, JCP 2016. II. 465, note P. COLLET, Dr. pén. 2016, comm. 74, obs. Ph. CONTE. En l'espèce, il s'agissait d'une opération de distribution de tracts contre un projet de réforme gouvernemental par une centaine de militants syndicaux, répartis par petits groupes sur chaque poste de péage d'une barrière d'autoroute. Les juges du fond définissent la manifestation comme « un déplacement collectif organisé sur la voie publique aux fins de produire un effet politique par l'expression pacifique d'une opinion ou d'une revendication, cela à l'aide de chants, banderoles, bannières, slogans, et l'utilisation de moyens de sonorisation ». La chambre criminelle de la Cour de cassation écarte la définition de la Cour de Lyon pour ne pas intégrer dans la caractérisation de l'infraction les modalités matérielles d'expression des buts de la manifestation utilisées par les manifestants.

²⁰⁴⁷Il s'agit, toutefois, d'une question de fait qui est laissée à l'appréciation des juges du fond. Par principe, la manifestation requiert un nombre minimum d'agents. Toutefois, M. MURBACH-VIBERT remarque que chez les sociologues MM. O. FILLIEULE et D. TARTAKOWSKY, « étant donné qu'il n'existe aucun moyen de déterminer sociologiquement à partir de quel nombre un regroupement est susceptible d'agir collectivement, il est inutile de fixer un seuil arbitraire » (O. FILLIEULE et D. TARTAKOWSKY, *La manifestation*, Paris : Presses de Sciences PO, 2^{ème} éd., 2013, p. 16). Pour M. MURBACH-VIBERT, « sur le plan politique, l'impact de la manifestation sur l'opinion publique et les décideurs participe largement du nombre de manifestants, d'où les incontournables querelles de chiffres. Cependant, ces chiffres doivent être analysés en faisant un ratio entre le nombre de manifestants et la catégorie de la population qui est censée être représentée par les manifestants » (M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, op. cit., n° 45). Et on peut penser que le nombre de participants permet davantage une catégorisation des rassemblements.

²⁰⁴⁸V. *supra* n° 1015.

manifestation peut être fixe – on parle parfois de « meeting » ou rassemblement – ou itinérante – cortège ou défilé²⁰⁴⁹. Cette précision est intéressante car elle signifie qu'une manifestation ne prévoit pas nécessairement de mouvements organisés du groupe ou de la foule rassemblée. Elle peut être notamment « statique devant un lieu symbolique »²⁰⁵⁰.

1035. ***Une expression sur la voie publique.*** Par ailleurs, elle doit se dérouler sur la voie publique, ce que prévoyait déjà le décret-loi de 1935 en son article 1^{er}²⁰⁵¹. Plus exactement, la manifestation est un rassemblement visible, par exemple sur une voie privée ouverte à la circulation publique. Ce qui exclut les lieux fermés mais M. le Professeur François FOURMENT regrette que l'arrêt du 9 février 2016 n'ait pas suffisamment défini ce qu'il fallait entendre par « voie publique »²⁰⁵². La voie publique est effectivement nettement différenciée du lieu public dans le cas de l'attroupement qui peut, lui, se produire dans les deux espaces publics. Comme le dit l'auteur : « la voie est passage ; la voie est circulation », et l'on peut concevoir que si tel est le cas, la manifestation quitte la voie publique pour continuer son avancée dans un lieu public, il semble qu'elle pourra être qualifiée d'attroupement et réprimée si le rassemblement démontre un risque de troubler l'ordre public au sens de l'article 431-1 du Code pénal.

1036. ***Un exercice collectif de la liberté d'expression garanti et protégé.*** En outre, la manifestation doit servir à l'expression d'une opinion ou d'une volonté commune. Il peut s'agir d'une opinion en matière politique, sociale, culturelle ou encore sportive. Elle permet fondamentalement à ses participants d'exprimer collectivement un soutien, une approbation ou encore un mécontentement. La manifestation relève, dans ce sens, des libertés publiques.

Le droit de manifester est une liberté constitutionnellement et conventionnellement garantie. Dans une décision du 18 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a rattaché ce droit au droit d'expression collective des idées et des opinions²⁰⁵³. L'article 11 de la Convention

²⁰⁴⁹A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, op. cit., n° 992.

²⁰⁵⁰M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 44. On se souvient par exemple des rassemblements « nuits debout » à l'encontre de la loi travail dite EL KHOMRI.

²⁰⁵¹Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public (JO 24 octobre 1935, p. 11203).

²⁰⁵²V. F. FOURMENT, *La notion de manifestation*, Gaz. Pal. n° 4, 2017, p. 67. Le professeur note que s'agissant en l'espèce d'une distribution de tracts à un péage, une autre qualification pouvait être envisagée, celle d'entrave à la circulation prévue par l'article L. 411-12 du Code de la route, qui ne suppose aucune organisation ni expression collective et publique d'une opinion ou d'une volonté commune. Ainsi devra être réglé un concours idéal d'infractions.

²⁰⁵³Cons. const., 18 janvier 1995, DC n° 94-352, cons. 3 et 16. La Haute juridiction réaffirme le principe, issu de

européenne des droits de l'Homme le rattache à la liberté de réunion et d'association et la Cour européenne impose une obligation de moyens aux États pour assurer un déroulement pacifique des manifestations dont l'objet serait licite²⁰⁵⁴. C'est pourquoi la manifestation est pénalement protégée. L'article 431-1 alinéa 1 du Code pénal incrimine, en effet, « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation »²⁰⁵⁵.

1037. ***Un événement soumis à réglementation.*** L'arrêt du 9 février 2016 rappelle enfin que la manifestation doit être organisée²⁰⁵⁶ et les textes pénaux précisent les exigences de cette organisation. Car l'expression de l'opinion ou de la volonté commune doit être réalisée de manière pacifique et respectueuse de l'ordre public. La manifestation doit donc en principe être préparée à la fois par ses organisateurs mais également par les autorités compétentes afin de prévenir au mieux tout trouble à l'ordre public. Si le législateur ne s'est pas attardé sur la définition de la manifestation, il n'a pas manqué, en revanche, de prévoir des mesures pour l'encadrer et la contrôler.

B. Une réglementation préventive de troubles à l'ordre public

1038. ***Le régime juridique de la manifestation.*** La manifestation doit en principe faire l'objet d'une déclaration qui garantit son organisation. Cette obligation administrative permet à l'autorité publique d'intervenir en amont pour interdire un événement qui présenterait un risque important de trouble à l'ordre public et, s'il est autorisé, pour prévoir des mesures de sécurité favorisant son bon déroulement.

1039. ***Une déclaration préalable.*** En France, la liberté de manifestation est soumise à un régime de police administrative de déclaration préalable, prévue par l'article L. 211-1 du

l'article 34 de la Constitution, selon lequel il appartient au législateur « d'assurer la conciliation entre d'une part, l'exercice de ces libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public ».

²⁰⁵⁴CEDH, 21 juin 1988, Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, n° 10126/82, § 31 et s.

²⁰⁵⁵La peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende est portée à trois ans et à 45 000 euros si l'entrave concertée résulte de coups, violences, voies de fait, destruction ou dégradation. L'article 431-2 du Code pénal prévoit pour les personnes physiques s'étant rendues coupables de telles entraves des peines complémentaires

²⁰⁵⁶Il est question d'une organisation minimale, ce qui différencie la manifestation de la réunion publique qui impose la composition d'un bureau. V notamment Art. 8 de la loi du 30 juin 1881 (Loi 1881-06-30 Bulletin des lois 12° S., B. 644, n° 10927).

Code de la sécurité intérieure qui en dispense « les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux »²⁰⁵⁷. Cette déclaration doit être faite auprès du préfet du département – préfet de police à Paris – ou du maire de la commune sur le territoire de laquelle la manifestation est prévue, selon que la police d'État est instituée (préfet) ou non (maire) dans la commune²⁰⁵⁸. Plus précisément, la manifestation doit être déclarée au plus tard trois jours francs avant l'événement²⁰⁵⁹ et au moins trois organisateurs doivent être désignés, capables de fournir certains éléments concrets sur le rassemblement : lieu et heure, itinéraire, etc. Pour un grand événement sportif par exemple, le fait d'organiser sans déclaration ou autorisation préalable est puni d'une contravention de 5^{ème} classe²⁰⁶⁰.

1040. *Une liberté soumise à autorisation.* L'autorité investie des pouvoirs de police²⁰⁶¹ dispose alors du droit d'interdire, par arrêté²⁰⁶², une manifestation qui présenterait le risque d'un trouble à l'ordre public²⁰⁶³, notamment en étant contraire à l'ordre public²⁰⁶⁴. Il relève de la compétence du juge administratif d'apprécier la légalité des décisions de l'Administration en matière de manifestation²⁰⁶⁵. Il devra examiner notamment les circonstances de temps, de lieu, l'itinéraire, les précédents, pour vérifier si la manifestation constitue une réelle menace

²⁰⁵⁷ L'alinéa 2 de l'article L. 211-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit que « toutefois, sont dispensées de cette déclaration les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux ». Cette dispense concerne notamment les processions religieuses ou encore les cortèges à caractère corporatiste (V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, op. cit., n° 996). Seule une grave menace à l'ordre public justifie une interdiction par le maire d'une telle manifestation (CE, 21 janvier 1966, Legastelois, Lebon 45).

²⁰⁵⁸ Les articles L. 211-2 et s. du Code de la sécurité intérieure précise alors les conditions de la déclaration et ce qu'elle doit indiquer (date de déclaration, noms, prénoms et domicile des organisateurs, signature de trois organisateurs, but, lieu et date de la manifestation, etc.).

²⁰⁵⁹ Le Conseil des droits de l'homme indique que « le délai de notification devrait être aussi bref que possible, tout en donnant aux autorités le temps de se préparer, soit quelques jours au maximum, et quarante-huit heures dans l'idéal » (A/HRC/31/66, Rapport conjoint du Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires concernant la bonne gestion des rassemblements, § 28, d.).

²⁰⁶⁰ Art. R. 331-45 C. du sport.

²⁰⁶¹ On peut citer notamment comme autorités disposant du pouvoir d'interdire une manifestation le maire (Art. L. 2212-1 C. gén. coll. terr.) ou encore, si ce dernier s'est abstenu de le faire, le représentant de l'Etat dans le département (Art. L. 2212-5-1 C. gén. coll. terr.).

²⁰⁶² Selon l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration, l'arrêté doit être motivé. De vagues formules ne suffisent pas car elles ne permettent pas à la juridiction administrative de contrôler la légalité de la mesure (V. par ex. CE, 5 février 1937, Bujadoux, Lebon 153).

²⁰⁶³ Art. L. 211-4, alinéa 1, C. séc. int. Il s'agit bien selon l'esprit du texte de ne pas interdire la manifestation mais de faciliter sa réunion.

²⁰⁶⁴ V. par ex. Cass. crim., 2 avril 1998, B. crim. n° 130, s'agissant d'une manifestation, considérée comme litigieuse en présentant sous un jour favorable le cannabis, interdite par le Préfet de Police de Paris.

²⁰⁶⁵ Selon l'article 111-5 du Code pénal, « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Ainsi, le juge pénal pourra également apprécier la légalité d'un arrêté d'interdiction par voie d'exception.

pour l'ordre public²⁰⁶⁶. Cette interdiction relève d'une question de fait variant selon le contexte²⁰⁶⁷. Le Conseil d'Etat a notamment considéré qu'une manifestation pour « laquelle les organisateurs avaient lancé des mots d'ordre visant à porter une atteinte illégale aux propriétés privées » était menaçante de l'ordre public ce qui justifiait un arrêté d'interdiction²⁰⁶⁸. Les juges administratifs peuvent également prendre en compte les troubles passés à l'occasion de manifestations analogues pour refuser une nouvelle manifestation menée par les mêmes organisateurs.

Plus simplement, l'objet même de la manifestation peut constituer un trouble à l'ordre public. Tel était le cas de la distribution de repas aux démunis sur fond de discrimination : « considérant qu'en interdisant par l'arrêté contesté plusieurs rassemblements liés à la distribution sur la voie publique d'aliments contenant du porc, le préfet de police n'a pas, eu égard au fondement et au but de la manifestation et à ses motifs portés à la connaissance du public par le site Internet de l'association, porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de manifestation »²⁰⁶⁹. Dans la même logique, le tribunal administratif de Paris a confirmé l'interdiction d'une manifestation prévue à Paris après les attentats de janvier 2015 et dont l'objet était de contester la présence en France d'une population de confession musulmane. La juridiction a considéré que « cette manifestation dont le but n'est pas de défendre une cause politique ou sociale ni de soutenir des revendications, mais d'inciter à la confrontation avec les membres de la communauté musulmane, est de nature à troubler gravement l'ordre public »²⁰⁷⁰.

Par ailleurs, le juge administratif va examiner le critère de proportionnalité entre la décision d'interdiction de manifestation et la nécessité du maintien de l'ordre. Ce critère est apprécié sagement en matière de manifestation. Il convient de préciser que la capacité à maintenir l'ordre ne repose pas uniquement sur l'importance numérique des forces de l'ordre.

Dans un arrêt du 12 novembre 1997, le Conseil d'état a considéré que « s'il appartient

²⁰⁶⁶Le Conseil des droits de l'homme précise que « la simple existence d'un risque de dérapage ne suffit pas à justifier l'interdiction d'une réunion. Lorsqu'il existe un risque d'affrontements violents entre les participants à un même rassemblement ou entre les participants à différents rassemblements, il convient d'adopter les mesures les moins restrictives pour assurer la sécurité des participants et des autres personnes » (A/HRC/31/66, rapport préc., § 25).

²⁰⁶⁷V. M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, op. cit., n° 123. L'auteur pense plus particulièrement à la menace terroriste actuelle.

²⁰⁶⁸CE, 12 octobre 1983, Commune de Vertou, Lebon 406.

²⁰⁶⁹CA, 5 janvier 2007, min. de l'Intérieur c/ Assoc. solidarité des français, n° 300311. Pour la même espèce, la Cour européenne a confirmé, par la suite, « qu'un rassemblement en vue de la distribution sur la voie publique d'aliments contenant du porc, vu son message clairement discriminatoire et attentatoire aux convictions des personnes privées du secours proposé, risquait de causer des troubles à l'ordre public que seule son interdiction pouvait éviter » (CEDH, 16 juin 2009, Assoc. Solidarité des français c/ France, req. n° 26787-07).

²⁰⁷⁰TA Paris, 17 janvier 2015, n° 1500681, cons. 4.

au préfet de police de prendre toutes mesures appropriées, notamment aux abords de l'ambassade de Chine, pour prévenir les risques de désordres susceptibles d'être occasionnés par les manifestations envisagées par l'association « la communauté tibétaine en France et ses amis », il ne pouvait prendre un arrêté d'interdiction générale qui excédait, dans les circonstances de l'espèce, les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre »²⁰⁷¹. M. MURBACH-VIBERT remarque un renforcement du contrôle de proportionnalité, ce qui « conduit l'autorité de police, si elle ne peut pas interdire purement et simplement la tenue de la manifestation, à prendre des arrêtés d'interdiction partielle visant les aspects de la manifestation projetée qui peuvent poser des problèmes d'ordre public »²⁰⁷².

La déclaration d'une manifestation permet ainsi à l'autorité publique d'organiser toutes les mesures pour garantir la sécurité publique pendant la manifestation (balisement de l'itinéraire, renforcement des forces de l'ordre, etc).

1041. ***Une réglementation de moins en moins appliquée, au risque de débordements imprévisibles.*** Nous adhérons aux propos de M. Mathias MURBACH-VIBERT qui constate que « force est de constater que l'obligation de déclaration préalable est de moins en moins respectée dans notre société, et partant, que de nombreuses manifestations sont sinon spontanées du moins inorganisées et que cela peut constituer une cause de débordements et de dégâts corporels et matériels »²⁰⁷³. C'est ici justement souligner que les textes visent essentiellement à encadrer la manifestation qui porte en elle un risque de débordement, que l'on peut attribuer en particulier aux effets indésirables du rassemblement sur la voie publique d'un grand nombre d'individus qui formeront nécessairement une foule imprévisible. Si la manifestation ne se déroule pas pacifiquement, elle se transforme en un attroupement illicite qui se définit par un "rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public" selon l'article 431-3 du Code pénal. Notons que le seul

²⁰⁷¹CE, 12 novembre 1997, n° 169295.

²⁰⁷²M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 127 ; V. pour un ex. CE, 21 janvier 1966, Sieur Legastelois, Lebon T. 908 ; AJDA 1966. 120, note J. MOREAU.

²⁰⁷³M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 47 ; V. également O. FILLIEULE, *L'émergence de la violence dans la manifestation de rue. Eléments pour une analyse étiologique*, Cultures & Conflits, 09-10, printemps-été 1993, mis en ligne le 04 mars 2005, consulté le 30 septembre 2016. URL : <http://conflits.revues.org/212> ; DOI : 10.4000/conflits.212. M. FILLIEULE constate que « les rassemblements statiques sont rarement l'occasion de violences, quel que soit le nombre impliqué ; les obstructions, opérations commandos et occupations se traduisent plus souvent que d'autres modes d'action par des violences, et ce d'autant plus que le nombre de participants est élevé. Par ailleurs, à chaque mode d'action est associée une forme et une intensité particulière de violence. Si les défilés de masse se traduisent la plupart du temps par des affrontements entre forces de l'ordre et manifestants empêchés de progresser, les occupations de locaux sont plutôt marquées par des opérations d'évacuation opposant manifestants retranchés et forces de l'ordre, etc. ».

caractère illicite de la manifestation ne permet pas la modification de sa nature juridique pour la qualifier d'attroupement. La chambre criminelle de la Cour de cassation est claire sur ce point, « la circonstance que la manifestation projetée avait été interdite par l'administration, ne suffit pas à démontrer qu'elle dû constituer un attroupement interdit »²⁰⁷⁴. C'est bien le trouble à l'ordre public qui requalifie la manifestation en attroupement. De même, il arrive notamment qu'un événement débute dans un lieu privé pour ensuite suivre son cours sur la voie publique. Il paraît justifié que la chambre criminelle ait, dans ce sens, considéré qu'était illicite une manifestation non déclarée ou interdite qui débordait sur la voie publique.

1042. *Pour conclure sur la manifestation et ses risques de débordements.* La manifestation est une pratique sociale licite par laquelle des individus expriment collectivement et sur la voie publique leurs opinions ou volontés communes. Elle affiche donc une détermination d'être perçue par un grand nombre de personnes parmi le public qui assiste au rassemblement ou au cortège. Dans ce sens, **toute manifestation peut générer une foule**, qu'il convient pour le législateur d'encadrer et de contrôler pour éviter tout débordement imprévisible. Les dispositions législatives et sécuritaires prises en amont de la manifestation témoignent ainsi d'**une connaissance et d'une prévention des phénomènes de foule**, qui peuvent s'avérer - mais pas toujours - préjudiciables à l'ordre public.

Car toute manifestation n'est pas illicite et toute foule manifestante n'est pas criminelle. Toutefois, le défaut d'organisation les expose, la première, à se transformer en attroupement et, la seconde, à commettre des actes antisociaux.

Paragraphe 2. L'attroupement : une foule tolérée

1043. *L'attroupement, pluralité ou multitude.* Comme la manifestation, l'attroupement ne renvoie pas nécessairement à une multitude et donc à une foule. En effet, la jurisprudence par exemple, a jugé qu'une « bande de jeunes gens » pouvait constituer un attroupement²⁰⁷⁵. Cela étant, dans certaines circonstances, il peut rassembler un nombre incalculable de personnes ne permettant pas leur individualisation et est susceptible de générer des mouvements de foule. Nous avons choisi d'étudier ce rassemblement dans la mesure où il n'est pas soumis à déclaration mais reste toléré s'il ne cause aucun trouble à l'ordre public (A).

²⁰⁷⁴Cass. crim., 23 mai 1955, B. crim. n° 258, D. 1955. 655, RSC 1955. 679, obs. L. HUGUENEY.

²⁰⁷⁵Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1986, B. civ. n° 6, p. 5.

En revanche, si tel est le cas, il doit être dispersé par les autorités compétentes (B), sinon y participer devient une infraction.

A. L'attroupement : une foule tolérée hors le trouble à l'ordre public

1044. ***Une tolérance de l'attroupement.*** L'attroupement n'est plus formellement interdit par le Code pénal, à la différence de l'article 104 de l'ancien Code, qui le considérait « interdit sur la voie publique ou dans un lieu public ». L'article 431-3 du Code pénal exige désormais une autre condition pour définir l'attroupement comme « tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public »²⁰⁷⁶. S'il n'est plus systématiquement sanctionné, il reste un « phénomène suspect, ambigu, dangereux »²⁰⁷⁷.

Bien que le texte ne le précise pas, l'attroupement peut être spontané ou prévu à l'avance. L'attroupement n'est pas déclaré, ne permettant pas aux autorités d'encadrer le rassemblement et de prévenir les éventuels troubles à l'ordre public.

1045. ***Une pluralité et une finalité indifférente.*** Comme pour la manifestation, le législateur n'a pas défini un nombre minimal d'individus pour qualifier l'attroupement. Il s'agit d'une circonstance de fait qui relèvera de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰⁷⁸. A la différence de la manifestation ou de la réunion publique, l'attroupement n'a pas vocation à avoir pour but l'expression collective d'une opinion²⁰⁷⁹ et n'est donc pas l'exercice d'une liberté publique. Il « est objectivement défini par référence à un rassemblement d'ordre matériel, sans finalité aucune » ; l'attroupement est simplement constitué « d'un groupe de personnes, dont l'entité est susceptible de troubler l'ordre public »²⁰⁸⁰. M. Mathias MURBACH-VIBERT relève

²⁰⁷⁶L'article 104 de l'ancien Code pénal prévoyait l'interdiction sur la voie publique ou dans un lieu public en premier lieu de tout attroupement armé, puis de tout attroupement non armé qui pourraient troubler la tranquillité publique. On constate que ce dernier attroupement correspond à celui prévu par l'article 431-3 du Code pénal. L'attroupement armé, quant à lui, constitue par définition un risque à l'ordre public, entrant par-là dans les prévisions de l'article 431-1.

²⁰⁷⁷V. J. ROBERT, *La manifestation de rue*, Revue de droit public, juillet 2006, p. 829.

²⁰⁷⁸Par ex. T. civ. Riom, 21 octobre 1948, Gaz. Pal. 1949, 1, 114. Les juges ont considéré que, dans une commune de 500 habitants, un groupe de 10 à 20 personnes peut constituer un attroupement ; V. également Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1986, préc. Une bande de jeunes peut constituer un attroupement.

²⁰⁷⁹V. sur ce point Rapport n° 2244 de M. François COLCOMBET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 septembre 1991, t. 1, p. 106.

²⁰⁸⁰G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, Paris : Dalloz, 1996, p. 679.

que « l'attroupement peut donc être constitué par un groupe d'individus exprimant une opinion dans le cadre d'une manifestation ou d'une réunion et qui, dès lors qu'il contient un ferment de désordre, change de nature juridique »²⁰⁸¹. Cette dernière remarque signifie qu'au sein même d'une manifestation, licite et réglementée ou encore non déclarée mais pacifique, peut s'insérer ou se rassembler un attroupement qui nécessitera l'intervention des forces de l'ordre parce qu'il est porteur, « en germe », d'un risque de trouble à l'ordre public. Il semble que l'auteur évoque ici nettement un risque de propagation, par contagion, d'une volonté de commettre des actes antisociaux.

1046. ***Un rassemblement dans tout espace public.*** L'attroupement peut s'effectuer sur la voie publique mais également dans un lieu public, entendu largement par la jurisprudence en raison de sa nature ou de sa destination, telle que la petite cour intérieure d'un hôpital²⁰⁸² ou encore la terrasse d'un restaurant²⁰⁸³. A ce titre, un lieu privé par nature peut devenir public accidentellement, lors de circonstances exceptionnelles comme la loge d'un concierge où se trouvent rassemblées plusieurs personnes dont certaines étrangères à l'immeuble²⁰⁸⁴. Pour M. François COLCOMBET, *a fortiori*, un lieu privé par nature deviendra public si c'est la volonté de ses occupants²⁰⁸⁵. A l'inverse, un lieu public par nature peut être assimilé à un lieu privé par la volonté d'un individu qui souhaite le réserver pour un usage strictement privé comme une salle de spectacles utilisés pour une réunion privée²⁰⁸⁶.

Par ailleurs, certains lieux non considérés comme des espaces publics sont protégés par des textes spécifiques contre les attroupements risquant de troubler l'ordre public. Par exemple, le trouble à l'ordre public au sein des locaux universitaires est régi par l'article L. 12-2 du Code

²⁰⁸¹ M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 18. L'auteur rapporte notamment un arrêt de la Cour administrative de Paris qui a refusé la qualification d'attroupement à des rassemblements « d'individus incontrôlés » au motif que leurs agissements ne pouvaient se rattacher à des manifestations organisées précédemment (CAA Paris, 19 janvier 1995, préfet du Val-d'Oise, req. n° 94 PA 00 104). Nous rejoignons M. MURBACH-VIBERT, pour qui, « la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Paris conduit à limiter l'attroupement à la dégénérescence de la manifestation ou de la réunion. Or, l'attroupement est autonome, il est indépendant des formes légales de rassemblement d'hommes et il ne s'analyse que par sa matérialité sans exigence de but. Dès lors il comprend toutes formes de regroupement d'individus qui sur la voie publique ou dans un lieu public présentent un risque de trouble à l'ordre public ».

²⁰⁸² Cass. crim., 4 mai 1935, DH 1935.349 ; V. également le Rapport de la commission d'enquête chargée d'établir un état des lieux et de faire des propositions en matière de missions et de modalités du maintien de l'ordre républicain, dans un contexte de respect des libertés publiques et du droit de manifestation, ainsi que de protection des personnes et des biens, M. Pascal POPELIN, rapporteur (AN, n° 2794, 21 mai 2015).

²⁰⁸³ Cass. crim., 15 mars 1983, B. crim. n° 82.

²⁰⁸⁴ Cass. crim., 9 janvier 1948, B. crim. n° 9.

²⁰⁸⁵ F. COLCOMBET, Rapport n° 2244, fait au nom de la commission des lois, op. cit., p. 107.

²⁰⁸⁶ V. sur ce point, D. PERROUDON, *Attroupement*, Rép. Pén., 2002, n° 23. L'auteur explique que cette « privatisation » d'un lieu public devra être appréciée par rapport à la domanialité de l'immeuble.

de l'éducation, et le maintien du bon ordre incombe aux autorités universitaires²⁰⁸⁷, qui peuvent éventuellement faire appel à la force publique²⁰⁸⁸. De même, les troubles à l'ordre public résultant de rassemblements dans des établissements pénitentiaires sont réprimés par les articles D. 266 et suivants du Code de procédure pénale et non par l'article 431-3 du Code pénal.

1047. ***Un risque potentiel et avéré de trouble à l'ordre public.*** La participation à un attroupement ne devient une infraction que s'il constitue une menace. Le trouble à l'ordre public²⁰⁸⁹ doit donc être d'une potentialité certaine, et non effectif. Le législateur met ainsi « l'accent sur le caractère préventif des dispositions pénales incriminant l'attroupement »²⁰⁹⁰. Le trouble à l'ordre public renvoie ici à la notion d'ordre public en matière de police générale. Selon M. François COLCOMBET²⁰⁹¹, il s'agit de l'ordre public au sens « strictement administratif de bon ordre sur la voie publique ou dans les lieux publics ». Plus précisément, cette notion est comprise en référence à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales selon lequel elle est définie comme « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité ».

1048. ***L'appréciation du risque de l'attroupement par l'autorité compétente.*** Selon l'article D. 211-10 du Code de la sécurité intérieure²⁰⁹², « le maintien de l'ordre relève exclusivement du ministre de l'intérieur », dans le cas d'un attroupement. Et M. Michel PERROUDON remarque justement que « le législateur laisse à l'autorité civile, présente sur les lieux du rassemblement, le soin d'apprécier la réalité et l'intensité du risque »²⁰⁹³. Cette appréciation devra être motivée, le juge vérifiant et contrôlant l'évaluation du caractère de l'attroupement projeté et provoqué²⁰⁹⁴. Elle devra se fonder sur des critères objectifs tels que les comportements des individus, la présence ou non d'armes, les échanges verbaux entre les participants, etc. Par exemple, dans une décision du 2 juillet 1996, le tribunal de Versailles a considéré que la présence simultanée sur la voie publique d'un groupe de 150 personnes "pro

²⁰⁸⁷ V. sur ce point Y. JEGOUZO, *Le président de l'université*, AJDA 1996. 826.

²⁰⁸⁸ Art. L. 712-2 et s. Code de l'éducation.

²⁰⁸⁹ Art. L. 712-2 6° Code de l'éducation.

²⁰⁹⁰ V. sur ce point, J.-F. DREUILLE, *Attroupements*, art. 431-3 à 431-8, J.-Cl. Pénal Code, 2017, fasc. 20, n° 42.

²⁰⁹¹ F. COLCOMBET, op. cit., p. 106.

²⁰⁹² Créé par le Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013.

²⁰⁹³ D. PERROUDON, *Attroupement*, op. cit., n° 29

²⁰⁹⁴ La motivation est nécessaire car elle permettra au juge pénal de vérifier si l'attroupement était constitué, et il pourra alors statuer sur la culpabilité du prévenu du chef de participation à un attroupement illicite. V. par ex. Cass. crim., 23 mai 1955, B. crim., n° 258, D. 1955.655, RSC 1955.679, obs. L. HUGUENEY.

IVG" et d'un groupe de 20 "anti IVG" « étaient susceptibles par leur présence réciproque, de créer un trouble à l'ordre public »²⁰⁹⁵. Les juges ont témoigné de leur conscience des risques de débordements que peuvent causer de tels rassemblements en reprenant le rapport du commissaire de police présent sur les lieux et en estimant que « les risques d'affrontements, d'accidents ou d'incidents entre automobilistes et manifestants de tous bords augmentaient fortement ». Là encore, la décision des juges semble concevoir la possibilité d'une propagation de la volonté d'affrontement des manifestants, qui aurait pu atteindre et influencer, par contagion, les automobilistes présents en même temps sur la voie publique. C'est même cette constatation qui a motivé la requalification des deux manifestations en attroupements illicites.

1049. Sous l'empire de l'article 104 de l'ancien Code pénal, l'autorité civile qualifiait l'attroupement afin de le disperser²⁰⁹⁶ ; aujourd'hui, elle est aussi chargée de considérer l'opportunité d'y mettre fin.

B. La dispersion de l'attroupement risquant de troubler l'ordre public

1050. ***La dissipation de l'attroupement.*** Selon l'article 431-3 alinéa 2 du Code pénal, « un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure ». Autrement dit, si le rassemblement risque de dégénérer, celui-ci doit être dispersé. Cela suppose que l'autorité civile soit présente sur les lieux du rassemblement²⁰⁹⁷ et qu'elle ait apprécié les éléments matériels permettant de le qualifier en attroupement risquant de troubler l'ordre public. Le cas échéant, l'autorité compétente devra d'abord accomplir deux actes de sommations avant de dissiper l'attroupement selon l'article 431-3 alinéa 2 du Code pénal. On comprend ici que l'existence de sommations préalables est nécessaire à la caractérisation de l'incrimination de participation à un attroupement délictueux.

²⁰⁹⁵TGI Versailles, 2 juillet 1996, n° 1097, inédit.

²⁰⁹⁶Dès 1789, la compétence exclusive en matière de maintien et de rétablissement relève de l'ordre de l'autorité civile, l'Assemblée constituante ayant posé ce principe de l'ordre républicain, le 14 août 1789 (V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., n° 922).

²⁰⁹⁷Il pourra s'agir du préfet du département ou encore du maire (Art. R. 211-21 C. séc. int.) mais en pratique l'autorité présente est le commissaire de police.

1051. **Deux actes de sommation à se disperser**²⁰⁹⁸. Les sommations sont des actes solennels de publicité. Elles doivent être adressées par le représentant de l'État dans le département, le maire ou l'un de ses adjoints, ou, à Paris, le préfet de police ; ou encore tout officier de police judiciaire responsable de la sécurité publique, ou tout autre officier de police judiciaire, selon l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure²⁰⁹⁹. Et ces autorités doivent, d'après le même texte, porter les insignes de la fonction²¹⁰⁰, car il doit être possible de l'identifier²¹⁰¹.

1052. **Déroulement des sommations.** Ainsi, selon l'article R. 211-11 du Code pénal, l'autorité habilitée à procéder aux sommations avant de dissiper un attroupement par la force,

²⁰⁹⁸La chambre criminelle de la Cour de cassation a analysé une question prioritaire de constitutionnalité dans un arrêt du 25 février 2014 portant sur l'atteinte portée aux articles 66 (rôle de l'autorité judiciaire) et 34 (compétence du législateur) de la Constitution par les articles 431-3 et 431-4 du Code pénal et L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure. La Haute Cour a clairement considéré, d'une part, que « les termes du premier alinéa de l'article 431-3 du Code pénal, qui définit l'attroupement comme un rassemblement de personnes susceptible de troubler l'ordre public, sont suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire ». D'autre part, « en laissant au pouvoir réglementaire le soin de fixer les conditions de dissipation d'un tel rassemblement, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de la compétence que lui confère l'article 34 de la Constitution en matière de fixation des règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables ». Enfin, « les dispositions contestées, en ce qu'elles incriminent la méconnaissance d'une injonction de dispersion d'un attroupement adressée par les représentants de la force publique, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police administrative [...] ne méconnaissent pas le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, dès lors qu'il revient à celle-ci, en dernier lieu, de s'assurer que le rassemblement a le caractère d'un attroupement au sens précité, de sorte que le juge saisi de poursuites pénales doit vérifier l'effectivité du risque de trouble à l'ordre public créé par le rassemblement » (Cass. crim., 25 février 2014, B. n°55).

²⁰⁹⁹Les autorités compétentes pour qualifier l'attroupement, apprécier le risque de trouble à l'ordre public et habilitées à décider de l'emploi de la force, sont à distinguer des autorités seulement habilitées à procéder aux sommations. Pour HAURIOU, il y a « une séparation radicale entre les autorités administratives qui ont le droit de mettre en mouvement la force publique et les agents qui constituent à proprement parler cette force ». Il y a « une séparation analogue à celle qui existe en matière de comptabilité publique, entre les ordonnateurs et les comptables » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 11^{ème} éd., 1927, p. 478). Pour M. D. PERROUDON, ce principe « semble conforme à l'esprit de notre droit en matière de maintien de l'ordre. Cette séparation des pouvoirs, cette dualité entre celui qui décide et celui qui exécute constitue une garantie d'une bonne utilisation de la force publique dont le contrôle ne pourra être exercé par le juge *qu'a posteriori* ». Il rapporte de plus l'incompatibilité frappant le commandant de la force publique qui ne peut jamais cumuler ces fonctions avec celles d'autorité habilitée à faire les sommations. (D. PERROUDON, *Attroupement*, op. cit., n° 59).

²¹⁰⁰Il s'agit notamment de l'écharpe tricolore pour le préfet, sous-préfet, maire, ou adjoint au maire, officiers de police judiciaire de la police nationale – autorités ayant un caractère civil – et le brassard tricolore pour les autorités ayant un caractère militaire, c'est-à-dire les officiers de police judiciaire de la gendarmerie nationale (Art. R. 211-12 C. sécu. Int.). Cette obligation du port des insignes « est, sauf cas de force majeure, substantielle quant à la validité de la sommation » (Cass. crim., 4 décembre 1903, DP 1903. 1. 623).

²¹⁰¹Ajoutons enfin qu'il peut arriver que l'autorité civile demande à l'autorité militaire de l'assister pour préserver ou rétablir l'ordre public. Lorsque la force publique est de cette nature – telle que la gendarmerie – son emploi repose alors sur la procédure particulière de la réquisition, qui correspond à « la demande, dans les conditions déterminées par la loi et les règlements, adressée par l'autorité civile représentant la puissance publique, à l'autorité militaire, afin qu'elle lui prête les moyens nécessaires à la préservation de l'ordre public » (V. sur ce point D. PERROUDON, id., n° 61 ; J.-F. DREUILLE, *Attroupements*, op. cit., n° 70 et s.).

annonce d'abord sa présence en énonçant par haut-parleur, dans la mesure du possible²¹⁰², les mots : « Obéissance à la loi. Dispersez-vous » ; ensuite procède à une première sommation en énonçant : « Première sommation : on va faire usage de la force » ; puis, procède à une deuxième et dernière sommation en énonçant : « Dernière sommation : on va faire usage de la force ». L'objectif du législateur est ainsi d'éviter le recours à la force puisque celle-ci n'est utilisée que contre les individus qui n'obtempèrent pas aux sommations. La dispersion de la foule suite à de simples sommations n'entraînera alors pas de sanction.

En revanche, l'emploi de la force est justifié si, après la dernière sommation, les participants au rassemblement ne se dispersent pas. L'autorité civile doit apprécier les circonstances de fait, telles que la rapidité de dispersion, selon le nombre de personnes attroupées, le lieu ou encore le temps. Et comme l'évoque M. le Professeur Didier PERROUDON, « en l'absence de dispersion de l'attroupement après les sommations, il incombe au commandant de la force publique, dans le cadre des instructions de l'autorité civile, de régler les aspects techniques de l'usage de la force »²¹⁰³.

1053. ***L'usage de la force publique pour dissiper le rassemblement.*** L'usage de la force peut consister en une utilisation de la force physique – tels que des mouvements de refoulement ou encore des bons offensifs mais également d'objets destinés à reculer la foule – telles que les armes non létales comme les grenades lacrymogènes – ou encore le falsh-ball. Rien dans les textes ne semble s'opposer à l'usage d'armes à feu ou encore d'armes blanches²¹⁰⁴. Selon le dernier alinéa de l'article R. 211-11 du Code de la sécurité intérieure, « si, pour disperser l'attroupement par la force, il doit être fait usage des armes mentionnées à l'article R. 211-16, la dernière sommation ou, le cas échéant, le lancement de fusée qui la remplace ou la complète doivent être réitérés ». Et l'article R. 211-16 du Code pénal prévoit que « hors les deux cas prévus au sixième alinéa de l'article L. 211-9, les armes à feu susceptibles d'être utilisées pour le maintien de l'ordre public sont les grenades principalement à effet de souffle et leurs

²¹⁰²L'article R. 211-11 alinéa 2 précise que « si l'utilisation du haut-parleur est impossible ou manifestement inopérante, chaque annonce ou sommation peut être remplacée ou complétée par le lancement d'une fusée rouge ».

²¹⁰³D. PERROUDON, op. cit., n° 57 et 60.

²¹⁰⁴A la condition toutefois de respecter le principe de proportionnalité entre l'emploi de la force et le trouble à faire cesser au regard de l'article R. 211-13 du Code pénal prévoit. On peut également faire un parallèle avec l'article R. 434-18 du Code de déontologie de la police nationale selon lequel « le policier ou le gendarme emploie la force dans le cadre fixé par la loi, seulement lorsque c'est nécessaire, et de façon proportionnée au but à atteindre ou à la gravité de la menace, selon le cas. Il ne fait usage des armes qu'en cas d'absolue nécessité et dans le cadre des dispositions législatives applicables à son propre statut ».

lanceurs entrant dans le champ d'application de l'article R. 311-2 et autorisés par décret ». Les articles D. 211-17 et suivants prévoient les différentes armes à feu susceptibles d'être utilisées par les représentants de la force publique.

L'alinéa 2 de l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure prévoit toutefois que « les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent ». Ainsi le législateur a-t-il prévu deux cas pour lesquels les autorités compétentes peuvent user de la force sans passer par les sommations.

1054. ***L'usage de la force sans sommation préalable.*** Certaines situations n'imposent pas l'accomplissement de sommation préalable. En toute logique, tel sera le cas lorsque les représentants de la force publique sont victimes de violences ou encore de voies de fait. L'usage de la force est parfois entendu comme une « forme collective de légitime défense »²¹⁰⁵, et devra être proportionnel aux violences contrées. Celles-ci devront présenter une certaine gravité pour justifier le recours à la force sans sommations.

En outre, lorsque le terrain occupé doit être défendu, l'usage de la force peut s'effectuer sans sommation. Point soulevé par M. le Professeur Didier PERROUDON, le rapport entre l'importance des forces en présence est un élément déterminant. « La notion de "terrain" est particulièrement large, permettant ainsi à l'autorité administrative de "sacraliser" une infinité de lieux pour les besoins du maintien de l'ordre (bâtiments publics ou privés, espace de la voie publique, parcs d'exposition, etc.) »²¹⁰⁶.

En dehors de ces deux situations, l'usage de la force est illégal en l'absence de sommation. Il ne serait pas possible pour les agents de la force publique de se prévaloir du fait justificatif de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime. Seule la légitime défense de soi-même ou d'autrui pourrait, le cas échéant, être évoquée²¹⁰⁷ ou encore l'état de nécessité²¹⁰⁸.

Si l'attroupement ne se disperse pas après cette procédure, la participation à l'attroupement devient alors une infraction. Cette dernière est formelle, il n'est pas utile que des

²¹⁰⁵ A. VITU, J. MONTREUIL, *Attroupement*, op. cit., n° 58 ; Voir aussi A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, op. cit., n° 970.

²¹⁰⁶ D. PERROUDON, op. cit., n° 51.

²¹⁰⁷ Art. 122-5 C. pén.

²¹⁰⁸ Art. 122-7 C. pén.

violences ou voies de fait aient été commises.

1055. *Pour conclure sur la foule réglementée ou tolérée.* Si la déclaration d'une manifestation permet d'en garantir un minimum l'organisation, et ainsi de prévenir le risque de débordement de la foule qui manifeste, l'attroupement ne le permet pas. C'est pourquoi une manifestation non déclarée a un fort potentiel de se transformer en attroupement parce que le plus souvent désorganisée et sans qu'ait pu être prévu un dispositif de sécurité, elle risque à tout moment de provoquer des troubles à l'ordre public.

La procédure très rigoureuse mise en place par le législateur pour dissiper ce type de rassemblement (dans sa totalité ou pour tout groupe qui présenterait une dangerosité) semble destinée à éviter l'accomplissement d'actes de violences et de dégradation ou de destruction, ainsi que leur propagation. En effet, ces mesures visent avant tout à disperser, c'est-à-dire **séparer les individus de l'attroupement**. C'est ici, selon nous, présumer que le rassemblement d'individus parmi lesquelles se perçoit une potentialité antisociale est susceptible d'avoir pour **effet de faciliter les actes infractionnels**. Les mesures de dispersion suffisent la plupart du temps pour ne pas engager de poursuites pour des actes qui ne sont pas encore commis, mais également pour supprimer la menace d'un trouble à l'ordre public.

Par ailleurs, la réglementation très précise de l'usage de la force publique, dans un contexte exclusif de légitime défense et avec une exigence de proportionnalité de la riposte avec la violence contrée, nous paraît démontrer la volonté du législateur d'éviter une « surenchère » de la violence. Ce que nous pourrions traduire par la nécessité que les agents de la force publique ne se comportent pas eux-mêmes comme des « excitateurs » de l'attroupement (voire de la foule), parce que "pris" également par l'intensité des émotions et des « turbulences » mimétiques qui agitent la foule.

Ainsi le droit tente-t-il de gérer et de contrôler dans son ensemble la foule qui n'est pas encore criminelle. Toutefois, la multitude génère, nous l'avons vu, un « déchaînement des passions » et un affaiblissement du contrôle de soi qui peuvent entraîner, au cours de l'événement, des agirs mimétiques soudains, négatifs pour l'ordre public, et contagieux. Parce que le contrôle de la foule rassemblée en attroupement ou pour manifester ne suffit pas toujours pour éviter des débordements criminels, le législateur a donc prévu des réponses pour prévenir des actes plus isolés ou sanctionner les individus qui se livrent en son sein à des actes antisociaux. Il s'agit alors clairement **d'éviter le détournement de la foule à des fins criminelles**.

II. La réponse législative aux débordements d'une foule criminelle ou détournée à des fins criminelles

1056. *Le crime commis par ou dans la foule.* Dans le langage courant, la foule criminelle fait référence à différentes notions : émeute, mouvement populaire, mouvement insurrectionnel, attroupement ou manifestation violente, etc.

Le crime peut être commis **par la foule** entière comme celui qui fut perpétré par tout un village de Haute-faye qui, après un quiproquo, lyncha, tortura, brûla et mangea Alain DE MONEYS²¹⁰⁹. Le plus souvent, il s'agit de crimes commis **dans la foule**, dont les difficultés pour identifier les responsables des infractions seront dues à l'anonymat assuré par la multitude. Le risque de débordement est donc le maître mot du contrôle des événements qui rassemblent des foules entières d'individus. Même si la foule peut être prévue et planifiée à l'avance par ses organisateurs et les autorités compétentes - telle que la manifestation qui doit être déclarée -, ses mouvements ou actions ne peuvent, en réalité, être programmés dans leurs moindres détails. Or nous avons vu qu'un fait extérieur, pour peu qu'il soit impressionnant, ou des individus « excitateurs » peuvent générer des mouvements de foule ou des agirs mimétiques qui peuvent prendre la forme d'activités criminelles²¹¹⁰.

Le législateur a prévu quelques mesures préventives (Paragraphe 1) ainsi que répressives (Paragraphe 2), pour contenir les éventuels débordements de foule. Ces mesures visent, nous le verrons, à écarter de la foule tout individu perturbateur, en amont et pendant le rassemblement.

Paragraphe 1. Les mesures préventives des débordements de la manifestation par exclusion des excitateurs potentiels

1057. *L'éloignement des perturbateurs de la foule.* Les mesures préventives pour éviter des débordements antisociaux au cours d'un événement réunissant une multitude d'individus ne sont applicables que s'ils ont été anticipés. Nous prendrons donc l'exemple de la manifestation qui doit être préalablement déclarée.

²¹⁰⁹V. J. TEULE, *Mangez-le si vous voulez*, Paris : Julliard, Pocket, 2009. L'auteur décrit étape par étape le meurtre d'Alain de Monéys, qui fut poursuivi, lynché, torturé, brûlé vif et mangé par la majorité d'un village, suite à un quiproquo. Cette anecdote démontre comment peut naître une foule en colère.

²¹¹⁰V. *supra* n° 980 et s.

Pour en garantir le bon déroulement, il convient d'intervenir en amont afin notamment d'écarter les perturbateurs qui risquent, ni plus ni moins, d'exciter les manifestants et de détourner le rassemblement à des fins criminelles. Il s'agit bien ici d'écarter de la foule non pas les meneurs de la manifestation mais d'éventuels perturbateurs.

Différentes mesures préventives ont été ainsi prises par le législateur afin de réduire ces risques de débordements dans les manifestations : d'une part, des mesures par sécurité en amont de la manifestation (A), d'autre part, des mesures par réaction, au cours de la manifestation (B).

A. Mesures par sécurité en amont de la manifestation

1058. ***L'interdiction administrative de port et de transport d'une arme.*** Les mesures préventives en amont de la manifestation concernent l'interdiction ou la mise en œuvre exceptionnelle de certaines pratiques ainsi que l'exclusion de certains individus repérés par les autorités publiques comme perturbateurs potentiels. Selon l'article L. 211-3 du Code de la sécurité intérieure, si les circonstances font craindre des troubles à l'ordre public, l'autorité compétente²¹¹¹ peut interdire le port et le transport d'armes ou de tout objet pouvant constituer des armes, sans motif légitime. L'intérêt de ce texte est de prévoir les éventuels débordements de la manifestation, alors qu'aucune interdiction de l'évènement n'aura été prise²¹¹².

Les armes doivent être comprises au sens de l'article 132-75 du Code pénal : on compte les armes par nature, par destination et factices. Ainsi, « est une arme tout objet conçu pour tuer ou blesser. Tout autre objet susceptible de présenter un danger pour les personnes, est assimilé à une arme dès lors qu'il est utilisé pour tuer, blesser ou menacer ou qu'il est destiné, par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer. Est assimilé à une arme tout objet qui, présentant avec l'arme définie au premier alinéa une ressemblance de nature à créer une confusion²¹¹³, est utilisé pour menacer de tuer ou de blesser ou est destiné, par celui qui en est porteur, à menacer de tuer ou de blesser ».

Concernant les armes par destination, tout dépendra de l'appréciation au moment du rassemblement. Par exemple, le port d'une béquille sera légitime pour un blessé mais pas pour

²¹¹¹Il s'agit du représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police.

²¹¹²Cette interdiction est prise, selon l'article L. 211-3 du Code de la sécurité intérieure, à compter du jour de déclaration d'une manifestation ou, si cette dernière n'est pas déclarée, dès que le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police, en a connaissance. M. Mathias MURBACH-VIBERT considère cette mesure comme sage et utile, « dans la mesure où, actuellement, les manifestations sont trop souvent non déclarées » (M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 154).

²¹¹³On remarquera ici que le législateur ne méconnaît pas la dangerosité que peut entraîner l'imitation d'une arme.

un groupe d'individus en pleine santé se rendant à la manifestation et dont on peut penser qu'elles vont servir de matraques²¹¹⁴. Enfin, « l'interdiction est limitée dans l'espace. Elle peut concerner les lieux de la manifestation, les lieux avoisinants et leurs accès, cette aire géographique devant être proportionnée aux nécessités que font apparaître les circonstances »²¹¹⁵. Autrement dit, cette interdiction doit être en adéquation avec la nécessité d'écarter un ou des perturbateurs.

1059. *Les mesures de sécurité exceptionnelles. Exemple des manifestations sportives.* Plus spécifiquement, en matière de manifestations sportives, des mesures de sécurité pourront être prises par les organisateurs eux-mêmes. Selon l'article L. 613-3 du Code de la sécurité intérieure, pour l'accès aux enceintes dans lesquelles est organisée une manifestation sportive, récréative ou culturelle rassemblant plus de 300 spectateurs, il pourra être procédé²¹¹⁶, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire et avec le consentement exprès des personnes, à des palpations de sécurité, ainsi qu'à l'inspection visuelle des bagages et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille. On le comprend, avec cette disposition, les organisateurs sont autorisés, sous le contrôle d'un représentant de l'autorité publique, à écarter ou filtrer les individus susceptibles de mettre en péril la sécurité des individus présents sur le lieu du rassemblement.

La Convention européenne sur la violence des spectateurs, applicable en France depuis le 1^{er} mai 1987, vise à prévenir et maintenir tout débordement public lors de manifestations sportives²¹¹⁷. Si le sport permet une intégration sociale, pour le Conseil de l'Europe²¹¹⁸, il s'est avéré un facteur de violences notamment entre les supporters rivaux. La convention vise expressément le football, mais elle s'étend à tous les sports. Différentes infractions sont régulièrement commises lors ou après des manifestations sportives, par exemple des

²¹¹⁴ Exemple emprunté à M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 156.

²¹¹⁵ M. MURBACH-VIBERT, id., n° 155.

²¹¹⁶ Selon l'article L. 613-3 du Code de la sécurité intérieure, les personnes qui peuvent procéder à ces mesures sont « les personnes physiques exerçant l'activité mentionnée au 1° de l'article L. 611-1 [telles que la surveillance humaine], agréées par la commission d'agrément et de contrôle territorialement compétente dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, ainsi que celles, membres du service d'ordre affecté par l'organisateur à la sécurité de la manifestation sportive, récréative ou culturelle en application des dispositions de l'article L. 211-11, titulaires d'une qualification reconnue par l'État et agréées par la commission d'agrément et de contrôle territorialement compétente ».

²¹¹⁷ Convention européenne du 19 août 1985 sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives, et notamment de matches de football (JO 5 novembre 1987).

²¹¹⁸ On compte notamment plusieurs recommandations et résolutions du Conseil de l'Europe en vue d'une meilleure intégration sociale et tolérance dans le sport comme la Résolution sur le sport pour les immigrés (81/4) ou encore la Recommandation CM/Rec(2010)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Code d'éthique sportive révisé.

dégradations de biens au siège de la manifestation (stades), des violences avec utilisation d'engins pyrotechniques entre supporters (comme les « hooligans ») mais également des injures ou diffamations du fait de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou encore une religion déterminée ou encore la provocation à la haine ou à la violence²¹¹⁹.

Les organisateurs ont d'autres contrôles à accomplir comme le fait de procéder à l'inspection du lieu de la manifestation sportive, de toutes ses installations, afin de repérer les éventuels risques de débordements. Par ailleurs, ils devront sauvegarder la sécurité des individus, avant et après la manifestation, jusqu'à l'évacuation du public. De plus, ajoute un auteur, ils devront mettre en place « un dispositif de sécurité propre à séparer le public des acteurs de la manifestation et à éviter dans les manifestations sportives la confrontation de groupes antagonistes ; être prêts à intervenir pour éviter qu'un différend entre particuliers ne dégénère en rixe ; porter assistance et secours aux personnes en péril ; alerter les services de police ou de secours ; veiller au maintien de la vacuité des itinéraires et des sorties de secours »²¹²⁰.

1060. Ces dispositions visent en quelque sorte à retirer, en amont de l'événement, toutes les conditions qui pourraient favoriser, de façon imprévisible, l'accomplissement d'actes délictueux au sein de la manifestation, avec une considération certaine du risque de contagion entre les participants. D'autres mesures peuvent être prises en aval, consécutivement à des incidents déjà constatés, et elles serviront alors de mesures préventives pour les manifestations futures.

B. Mesures par réaction en aval de la manifestation

1061. ***L'interdiction judiciaire de manifester.*** Les mesures en aval de la manifestation visent plus particulièrement les perturbateurs avérés qui seront alors écartés et empêchés de participer à d'autres manifestations. L'article L. 211-13 du Code de la sécurité intérieure prévoit que « les personnes s'étant rendues coupables, lors du déroulement de manifestations sur la voie

²¹¹⁹On se souviendra de la banderole déployée par les supporters parisiens où était inscrit : « Pédophiles, chômeurs, consanguins... Bienvenue chez les chtis » lors d'un match de football en mars 2008 au stade de France. Cette affaire a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation qui a retenu la caractérisation de l'infraction de provocation des spectateurs à la haine ou à la violence, prévue par l'article L. 332-6 du Code du sport contre deux supporters (Cass. crim., 25 juin 2013, B. crim. n° 161).

²¹²⁰M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, op. cit., n° 232.

publique, des infractions prévues aux articles 222-7 à 222-13, 322-1, premier alinéa, 322-2 et 322-3, dans le cas de l'infraction définie à l'article 322-1, premier alinéa, et 322-6 à 322-10 du Code pénal encourent également la peine complémentaire d'interdiction de participer à des manifestations sur la voie publique, dans des lieux fixés par la décision de condamnation, pour une durée ne pouvant excéder trois ans. Si cette interdiction accompagne une peine privative de liberté sans sursis, elle s'applique à compter du jour où la privation de liberté a pris fin ». La peine s'élève à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende si l'individu participe à une manifestation en méconnaissance de l'interdiction qui le frappe. Ce texte s'intéresse plus particulièrement aux auteurs des infractions de violences, de destructions, dégradations et détériorations ayant causé un dommage important et de destructions, dégradations ou détériorations par l'effet d'une substance explosive ou d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes. Il est remarquable ici que ces infractions sont d'une particulière gravité²¹²¹. « Commises dans le contexte particulier d'une manifestation », elles « constituent non pas l'expression du droit de manifester, mais un grave dévoiement de celui-ci au regard des valeurs démocratiques »²¹²². Seront exclues du champ d'application du texte les infractions ayant provoqué des dommages légers.

Par ailleurs, l'application de l'interdiction reste limitée. La participation effective à la manifestation caractérise l'infraction, la tentative n'étant pas écartée pour ce délit. Dans ce sens, ne permettent pas de constituer l'infraction, les constatations lors de contrôle d'identité antérieurs ou aux alentours de la manifestation²¹²³. Pour autant, la volonté d'écarter d'éventuels perturbateurs ne peut se traduire par l'interdiction de séjour dans tout ou partie du département où doit se produire une manifestation, même en temps d'état d'urgence, comme l'a rappelé récemment le Conseil constitutionnel²¹²⁴.

²¹²¹ E effet, les infractions visées dans la disposition sont des faits graves punis de peines allant de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende à la réclusion criminelle à perpétuité.

²¹²² Observation du gouvernement en réponse à la saisie du Conseil constitutionnel, DC n° 94-352, du 18 janvier 1995 (JO 21 janv. 1995, p. 1155), suite à une contestation de la peine complémentaire d'interdiction prévue l'article 18, aux motifs qu'« elle porterait atteinte à la liberté d'expression, et assimilerait manifestants et « casseurs » et que, par défaut d'effectivité, elle ne serait pas nécessaire ».

²¹²³ M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 217 ; V. Également sur les contrôles d'identité V. VALETTE-ERCOLE, *La personne mise en cause en matière pénale*, Paris : LGDJ, 2002, n° 176, pp. 112 et s, dont l'étude du contrôle d'identité par un policier peut être transposée à la manifestation. Plus précisément, peut être effectué, soit un « contrôle d'initiative », soit un « contrôle requis ».

²¹²⁴ La loi relative à l'état d'urgence peut permettre la restriction de la liberté de manifester, et de réunion. Mais cette restriction n'est pas sans limite. Récemment, le Conseil d'État a jugé sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité, relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution (CE, 29 mars 2017, n° 407230, Dalloz actualité, 31 mars 2017, obs. C. FLEURIOT). Le 9 juin 2017, le Conseil constitutionnel, saisi de la QPC, a considéré contraire à la Constitution le 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (DC n° 2017-635 QPC). Cette disposition permet au préfet d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à « toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des

1062. *Les mesures de réactions en matière sportive.* Plus spécifiquement, le législateur a permis aux organisateurs des manifestations sportives à but lucratif de prévoir des mesures par réaction. Selon l'article L. 332-1 du Code du sport, aux fins de contribuer à la sécurité des manifestations sportives, ils peuvent « refuser ou annuler la délivrance de titres d'accès à ces manifestations ou en refuser l'accès aux personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations ».

1063. *Pour conclure sur les mesures préventives des mouvements de foule.* Ainsi, le droit pénal intervient-il sur les « facteurs prédisposants » qui « émanent de l'état psychologique de la foule, sa suggestibilité, son hypersensibilité » selon M. Frédéric PARDO²¹²⁵. Ces différentes mesures préventives, d'ordre administratif, permettent de prévenir les débordements éventuels en écartant de la manifestation les perturbateurs reconnus comme des **excitateurs de la foule**. Ces derniers correspondent aux provocateurs et suggestionneurs de la foule et de ses mouvements, dont faisait part Maurice VIOT.

Il s'agit de faire obstacle à certains comportements dangereux, et d'écarter de la foule tout individu qui a déjà démontré une propension à y commettre des actes antisociaux. Ces exclusions et les mesures qui interdisent ou contrôlent toutes les conditions qui pourraient inciter les participants de la manifestation à commettre des délits ou des violences, montrent que le législateur reconnaît la foule comme particulièrement **propice à déborder et à provoquer des comportements que ne commettraient pas des individus isolés**. Ainsi, sans

pouvoirs publics". Disposition qui a notamment servi à empêcher certains individus de manifester contre le projet de loi Travail en leur interdisant de se trouver dans les rues de Paris les jours prévus de manifestation. Mais pour les juges constitutionnels, "en prévoyant qu'une interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public" (Cons. 5). Par ailleurs, celui-ci n'a "soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie » (Cons. 6). Le motif permettant de prononcer une interdiction de séjour est, en outre, trop flou. Ainsi le législateur n'a-t-il pas assuré la conciliation exigée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et le respect des droits et libertés (Cons. 7). Dans cette mesure, pour le conseil constitutionnel, est portée atteinte à la liberté d'aller et venir, ainsi qu'au droit de mener une vie familiale normale (Cons. 7). Mais le Conseil constitutionnel a jugé que l'abrogation immédiate de la disposition inconstitutionnelle « entraînerait des conséquences manifestement excessives ». Il en a donc reporté la date au 15 juillet 2017, c'est-à-dire le jour où la prolongation en cours de l'état d'urgence devrait s'achever. Le gouvernement, qui a annoncé un projet de loi pour le proroger, devrait y inclure des dispositions sur les interdictions de séjour, sauf bien sûr s'il considérait que ces mesures ne sont pas utiles (Cons. 9).

²¹²⁵F. PARDO, *Le groupe en droit pénal, des foules criminelles au crime organisé*, op. cit., p. 44.

le nommer, il prévient tout comportement mimétique dont l'objet serait une activité antisociale – en écartant le suggestionneur avéré ou des motifs de suggestion potentiels -, qui peuvent être à l'origine d'une contagion mentale entraînant éventuellement des comportements d'imitation antisociaux.

Cependant, ces mesures n'étant pas toujours efficaces – des mouvements de foule pouvant toujours éclater - le législateur a également prévu des mesures répressives qui, à la différence des premières, sont appliquées pendant le rassemblement. Il n'est cependant pas question de sanctionner la foule, mais des actes antisociaux dans la foule.

Paragraphe 2. Les mesures de répression au cours d'un rassemblement

1064. *Les infractions prévues par le législateur.* Le rassemblement d'une multitude d'individus peut créer des mouvements de foule nuisibles, alors même que des mesures préventives auront été prévues afin de les éviter. Nous comprenons l'intervention du législateur qui intervient – en rédigeant des infractions matérielles, formelles ou obstacles - pour sanctionner ces actes ; d'autant plus s'ils se sont propagés et multipliés par suggestion à l'imitation. On peut notamment citer l'article L. 332-7 du Code des sports qui sanctionne « le fait d'introduire, de porter ou d'exhiber dans une enceinte sportive, lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive, des insignes, signes ou symboles rappelant une idéologie raciste ou xénophobe ». Nous adhérons aux propos de M. le Professeur Philippe CONTE, selon qui, l'adoption de ce texte « prend peut-être en considération la spécificité, souvent soulignée, des **phénomènes de foule** : il s'agirait moins de réprimer l'attitude des bandes organisées de "supporters" que de prévenir le risque de contagion par imitation »²¹²⁶.

1065. *La perception des infractions dans une foule.* Lorsqu'un seul ou quelques individus identifiés agissent contre la loi dans une foule, sans que le reste de ses membres ne réagissent en provocation à la suggestion, la compréhension de l'infraction paraît claire et l'engagement des responsabilités pénales individuelles ne pose pas de réelles difficultés. Il en est différemment si les actes d'un ou plusieurs suggestionnent d'autres participants et entraînent une partie voire le reste de la foule dans des comportements mimétiques de violence et de

²¹²⁶Ph. CONTE, *Droits de l'homme et droit pénal : l'exemple du droit à la dignité et de la répression du racisme*, Journées de la société de législation comparée 1994, RIDC 1995, pp. 59 à 81, n° 19.

dégradations. Différents raisonnements de répression sont alors envisageables pour punir une multitude qui agit contre la loi lors des débordements d'une foule : soit punir tout le monde, soit ne pas punir ou punir moins sévèrement.

1066. *L'engagement impossible d'une responsabilité collective.* Le premier raisonnement consisterait à considérer que ceux qui prennent part à un crime de foule devraient tous être punis de la même façon. Maurice VIOT va jusqu'à considérer que celui qui s'intègre dans la foule criminelle doit être sanctionné, sans nécessaire participation personnelle au crime, car il prend volontairement le risque d'être entraîné par elle.

Sans rechercher la part respective des agissements individuels, une telle logique répressive amènerait nécessairement l'engagement d'une responsabilité collective. Se faisant, elle ne permet pas la distinction entre celui qui suggère et suscite le crime – que nous avons nommé l'excitateur - celui qui y participe volontairement et celui qui se trouve mêlé à la foule criminelle en dehors de sa volonté²¹²⁷.

1067. *La recherche des responsabilités individuelles.* Le deuxième raisonnement consisterait à ne punir personne ou punir tout le monde mais moins sévèrement qu'un individu ayant agi seul. Pour BRISSOT²¹²⁸, les peines doivent diminuer en raison du nombre. Cependant, là encore, cette logique ne permet pas nécessairement de distinguer les différents protagonistes dans l'agissement d'une foule criminelle. D'une part, ne punir personne revient à faire abstraction des différents rôles dans la participation à la foule antisociale et de leur lien avec des résultats dommageables pourtant constatés. D'autre part, punir tout le monde moins sévèrement renvoie toujours à une certaine responsabilité collective et comporte le risque de ne sanctionner que les individus arrêtés au hasard au milieu de la foule.

Or, en droit pénal français, la responsabilité est traditionnellement entendue comme

²¹²⁷V. notamment sur ce point S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 39. L'auteur souligne justement le hasard que peut entraîner une telle répression. « Un autre système— non moins irrationnel — employé pour punir les crimes collectifs, était la décimalion. Quoiqu'il ait été préféré par les juges militaires, il faut reconnaître qu'il était relativement plus humain puisqu'il épargnait neuf individus sur dix. On faisait défiler les complices supposés, et celui qui venait le dixième devait être fusillé. La chose, comme on le comprend aisément, ne fatiguait pas le cerveau des juges, mais elle blessait mortellement la justice parce que c'était le sort aveugle qui infligeait le châtement. En un sens, c'était une aggravation de la méthode barbare d'Aladin, puisque l'innocent pouvait périr sans que pour cela le vrai coupable fût atteint ».

²¹²⁸J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, Paris : Alphonse Picard et Fils, vol. I, 1754-1784, p. 314 « Lorsqu'il s'agit d'attroupements, de réunions assez nombreuses pour pouvoir y reconnaître les caractères d'une sédition, les auteurs et les provocateurs sont les seuls responsables » (cité par S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 26).

individuelle et non collective au sens de l'article 121-3 du Code pénal, et ce peu importe son contexte²¹²⁹. L'individualisation de la responsabilité est d'ailleurs parfois considérée comme une forme de progrès social²¹³⁰. Ainsi il ne peut être question d'engager la responsabilité de l'entité que forme la foule. C'est donc en termes de responsabilités individuelles qu'il faut raisonner pour apprécier les actes illicites commis par une multitude (B). Compte tenu du contexte particulier de la commission de ces infractions, il convient auparavant d'examiner les effets possibles, sur la volonté individuelle, de la suggestion à commettre des actes criminels (A). C'est la question du libre arbitre au sein de la foule qui se pose ici, ainsi que celle de l'entente entre les individus qui participent à des débordements de foule.

A. La suggestion à des actes criminels dans les mouvements de foule

1068. ***Foule et mimétisme délictuel.*** La foule peut produire une transformation du psychisme des individus qui la composent qui vont éprouver « une sorte d'affectivité collective, plus intense, une exacerbation de leurs sentiments, tandis que s'affaiblit pour chacun d'eux la conscience de leur personnalité individuelle »²¹³¹. L'image d'un acte délictuel, par contagion mentale et suggestion, peut alors rapidement les entraîner dans un agir mimétique et éventuellement dans un comportement d'imitation illicite.

Face à un acte individuel et délictuel commis dans un mouvement de foule, on peut donc se demander quelle est la part qui revient à la suggestion dans la responsabilité de l'agent de l'infraction.

1069. ***La suggestion horizontale de la multitude.*** Dans une foule, parce que deux catégories d'interactions sont présentes, horizontales ou verticales, deux modes de suggestion sont envisageables : une créée par le meneur, et une autre créée par la foule elle-même du fait d'un excitateur. Or, si la suggestion est à l'origine le fait d'un excitateur, c'est bien l'effet de la foule qui entraîne une quasi-irrésistibilité de l'agir mimétique.

Ainsi entendu, il est possible de se demander si la foule peut constituer une cause extérieure à la volonté de l'individu suggestionné. Autrement dit, le mouvement de foule peut-

²¹²⁹ Historiquement, la responsabilité a d'abord été collective avant d'être conçue comme individuelle. V. notamment P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, Paris : Félix Alcan, 1920, 2^{ème} éd.

²¹³⁰ F. ROUSSEAU, *De quelques réflexions sur la responsabilité collective, Aspects de droit civil et de droit pénal*, D. 2011, p. 1983, n°4.

²¹³¹ F. PARDO, *Le groupe en droit pénal*, op. cit., p. 43.

il être compris comme une sorte de contrainte irrésistible ?

1070. ***La préméditation des excitateurs.*** Lorsque la participation à la foule criminelle est préméditée, cette question ne semble pas avoir lieu d'être. En effet, les participants ayant prévu de commettre des crimes dans la foule doivent nécessairement être compris comme des excitateurs de mouvements de foule. En ce sens, ils ne subissent pas la suggestion, au contraire, ils la créent. On pense par exemple aux hooligans mais également aux bandes de casseurs lors de rassemblements de rue. La foule peut être perçue comme un terrain privilégié d'affrontement et de coaction antisociale par certains groupes parce qu'elle offre à la fois une unité de temps et de lieu et un certain anonymat des actes commis en son sein. Par conséquent, on y retrouve les situations d'agir mimétique évoquées dans le chapitre précédent, qui relèvent d'une préméditation, c'est-à-dire d'une entente groupale à perturber la foule.

L'article 222-14-2 du Code pénal sanctionne l'infraction de participation à une bande violente²¹³² mais celle-ci ne s'inscrit pas nécessairement dans un contexte de rassemblement, le texte ne se trouvant pas parmi les atteintes à la paix publique mais parmi les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne. Cependant, dans un contexte de foule, cette incrimination permet d'écarter les perturbateurs qui susciteraient éventuellement la propagation d'actes antisociaux. L'infraction étant formelle, le juge n'a pas à constater la réalisation de violences ou destructions de biens, la participation pouvant être établie lors de contrôles de police pendant le rassemblement²¹³³, par la découverte, dans des sacs à dos par exemple, d'armes par destination, de tracts appelants à la violence, ou encore de cagoules afin de dissimuler le visage. Cette infraction suppose *a priori* d'être commise par des personnes ayant la volonté de participer à un groupe suscitant la violence, et donc susceptibles de suggestionner une activité antisociale. Elle doit être intentionnelle, le texte utilisant le terme « sciemment ». Ce qui nécessite, au sein d'une foule, de bien distinguer les membres de la bande violente d'une personne qui s'y trouverait mêlée malgré elle, sans intention d'y participer. D'où l'importance de prendre en compte les

²¹³²Certains auteurs parlent malgré tout d'« association de malfaiteurs spéciale » (M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 159) ; V. toutefois Cons. const. DC n°2010-604 du 25 février 2010, qui considère que l'infraction de participation à une bande violente n'a « ni le même champ d'application, ni la même définition, ni la même finalité que les délits d'association de malfaiteurs » (Cons. 6). Il importe peu que ce groupement se forme de façon temporaire et pendant le rassemblement.

²¹³³En effet, les articles 78-2 et suivants du Code de procédure pénale autorisent le recours à des contrôles d'identité, voire à des fouilles de véhicules sur réquisition du parquet. La palpation de sécurité est prévue par l'article R. 434-16 du Code de la sécurité. Ce qui permettra incontestablement de révéler certaines infractions et écarter les éventuels perturbateurs de la manifestation, par l'évitement de la participation à une bande violente mais aussi d'infractions de port d'arme, de violation de l'interdiction de participer à une manifestation, etc.

témoignages et autres éléments de preuve, comme les images de caméras de surveillance pour vaincre les apparences illusoires créées par l'anonymat de la foule.

1071. ***L'entente spontanée au sein de la foule.*** Lorsque l'entente à commettre des actes antisociaux au sein de la foule est, en revanche, spontanée, la possibilité qu'elle résulte d'une suggestion subie par les agents de l'infraction peut évoquer une éventuelle cause d'impunité. Il s'agirait plus précisément de prendre en considération le statut d'individu « excité » ou « suggestionné » dans la foule pour considérer ce dernier comme irresponsable pénalement du fait de la force qu'il a subie dans le mouvement de foule. Cette question paraît donc intéressante d'un point de vue juridique.

1072. ***La suggestion non-exclusive du libre arbitre.*** Or, que l'entente ait été préalable au rassemblement ou spontanée, il nous semble, comme les auteurs, que l'individu pris dans la multitude ne perd pas en totalité sa conscience individuelle. En effet, pour VIOT, « la suggestion n'est jamais totale et laisse encore place à un libre arbitre, en veilleuse peut-être, mais toujours présent : les individualités vraiment morales savent se défendre contre cet entraînement, elles résistent plus ou moins selon leur prédisposition organique, mais conservent leur personnalité »²¹³⁴. Pour SIGHELE, « le crime commis par un individu dans la fureur de la foule, aura donc toujours une partie (si petite qu'elle soit) de ses causes, dans la constitution physiologique et psychologique de son auteur. Celui-ci en sera par conséquent, toujours légitimement responsable »²¹³⁵.

L'individu a donc le choix de suivre ou non le mouvement de foule. En outre, il faut admettre que le suggestionneur peut, dans le mouvement de foule, devenir suggestionné et inversement le suggestionné peut à son tour suggérer la commission d'un acte antisocial. Cette situation se retrouve par exemple dans les circonstances qui ont donné lieu à un arrêt rendu le 28 juin 1995²¹³⁶. La chambre criminelle a considéré que la cour d'appel, par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction, a bien caractérisé le délit prévu par l'article 431-6 du Code

²¹³⁴V. notamment M. VIOT, *Prévention et Répression de la criminalité des foules*, op. cit., p.335. L'auteur va jusqu'à considérer que « le meurtre appelle le meurtre ». De ce fait, pour VIOT apparaît chez le mené un nouveau potentiel de criminalité insoupçonnée.

²¹³⁵S. SIGHELE, op. cit., p. 29. SIGHELE cite GAROFALO : « Le crime n'est donc jamais l'effet direct et immédiat des circonstances extérieures : il appartient toujours à l'individu, il est toujours la manifestation d'une nature dégénérée, quelles que soient les causes anciennes ou récentes de cette dégénération. En ce sens donc, le criminel fortuit n'existe pas » (R. GAROFALO, *La Criminologie*, Paris : Alcan, 1890) (S. SIGHELE, op. cit., p. 141).

²¹³⁶Cass. crim., 28 juin 1995, n° 94-85967, non publié au bulletin.

pénal²¹³⁷ envers un individu qui avait déversé sur la chaussée des galets en grande quantité, ce qui consistait concrètement à armer les manifestants. Le prévenu a essayé de se défendre en expliquant qu'il avait demandé aux manifestants de ne pas exercer de violences sur les personnes²¹³⁸. La cour de Saint-Denis a relevé que le prévenu avait « sciemment choisi de mener son action à proximité immédiate du quartier », dans lequel il savait qu'avaient eu lieu de graves émeutes l'année précédente et que « les appels à la solidarité, lancés par le prévenu, ont précédé d'autres attroupements armés qu'il pouvait raisonnablement prévoir ». Par ailleurs, la cour a relevé que le prévenu s'était adressé à la foule, après que des individus aient déjà réussi à intercepter un camionneur par des jets de cailloux.

Cette espèce illustre de manière flagrante un **agir mimétique**, et qui plus est, un **comportement d'imitation**. En effet, le prévenu a, semble-t-il, voulu propager le comportement d'autres manifestants, en mettant à disposition des projectiles qui pouvaient suggérer à d'autres d'en faire usage de la même manière²¹³⁹. On se trouve en présence de ce que TARDE appelle une foule complexe²¹⁴⁰ : les premiers manifestants violents ont fait office d'excitateurs en suggérant un acte antisocial, dont l'image de jeter des projectiles a ensuite été représentée par un autre, qui lui-même a tenté de le suggérer aux autres. Cet arrêt démontre que le prévenu peut d'abord être un excité²¹⁴¹, puis devenir à son tour un exciteur, voire un meneur si son action est suivie...

1073. *Les causes d'atténuation ou de disparition de responsabilité.* Ainsi, si la suggestion est inhérente aux mouvements de foule, elle ne saurait impliquer l'impunité des actes antisociaux commis en son sein. Les seules causes d'atténuation ou de disparition de responsabilité qui pourraient à la rigueur être prises en compte sont par exemple la légitime défense ou encore l'état de nécessité. Tel est le cas si le mené se croit en danger. En outre, les causes de non-imputabilité tenant à la minorité, aux troubles psychiques ou encore à l'erreur de droit²¹⁴² pourraient être invoquées.

²¹³⁷ Art. 431-6 C. pén. : « La provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

²¹³⁸ Autrement dit, selon le concept d'imitation, le prévenu tentait de dire qu'il n'était ni exciteur ni un meneur.

²¹³⁹ Cet exciteur pouvant ainsi devenir, par son action, meneur.

²¹⁴⁰ V. *supra* n° 1006.

²¹⁴¹ Il faut noter sur ce point que cette provocation entraîne une relation à la fois horizontale mais aussi verticale. En effet, d'une part, elle permet aux individus de se conformer à ce que suggère le provocateur mais aussi de se conformer à les uns aux autres.

²¹⁴² Tel serait le cas par exemple si l'individu pensait que la manifestation était déclarée. Toutefois, l'erreur de droit peut paraître difficile à prouver ; les conditions d'erreurs invincibles et inévitables étant difficilement

Les infractions commises dans la foule ne sont pas organisées selon le processus de suggestion qui a pu en favoriser la survenance, c'est-à-dire en catégorisant les participants selon leur rôle dans la propagation de l'activité criminelle. Lors d'un rassemblement, il incombe aux forces de police de simplement constater les infractions, et par la suite au juge uniquement de qualifier les faits, quitte à individualiser les peines au regard du contexte délictuel. Cela étant, il demeure nécessaire de s'assurer de la participation de l'individu à l'infraction pour un engagement certain de la responsabilité individuelle et non collective.

B. L'engagement de la responsabilité individuelle d'un participant à la foule soumis à l'appréciation de l'existence d'une entente

1074. *Les difficultés d'appréciation des infractions commises dans la foule.* Le législateur français n'a prévu que très peu d'infractions spécifiques aux mouvements antisociaux de la foule. On peut citer la participation armée à l'attroupement ou à la manifestation ou encore l'entrave à la liberté de manifestation. Ces incriminations ne sont pas suffisantes au regard de l'ensemble des actes antisociaux constatés lors de grands rassemblements d'individus. D'autres infractions seront donc sanctionnées sans qu'elles appellent, pour leur caractérisation, un contexte de multitude.

Les mouvements de foule complexifient toujours la question de la responsabilité individuelle. Ils sont par nature collectifs et la seule présence d'individus dans la foule ne peut suffire à caractériser leur entente dans la commission d'une ou plusieurs infractions. Pour constater une infraction collective ou caractériser la circonstance aggravante de réunion, le juge devra nécessairement apprécier à la fois une participation personnelle et une entente, même instantanée. La foule et ses actions se définissent par la « psychologie de la simultanéité »²¹⁴³. Le juge ne pourra donc en aucun cas déduire la participation d'un individu à la foule criminelle et encore moins son entente avec d'autres criminels du seul fait de sa présence en même temps et au même lieu de l'infraction.

Seule la recherche de l'implication personnelle des membres de la foule et éventuellement d'une entente à commettre une infraction permettra d'éloigner de la responsabilité pénale le simple curieux ou observateur (1). Ensuite, sera appréciée la réparation

envisageables dans de telles circonstances de rassemblement.
²¹⁴³F. PARDO, op. cit., p. 5.

des différents dommages causés par les mouvements de foule (2).

1) *L'appréciation de la responsabilité individuelle dans les mouvements d'une foule criminelle*

1075. L'appréciation de la responsabilité individuelle d'un acte délictuel isolé commis dans une foule ne pose aucune difficulté. Cependant, la multitude génère souvent des mouvements et des agissements par mimétisme qui peuvent rendre **délicate la compréhension de la scène criminelle**. Et la recherche par le juge d'une participation et d'une entente délictuelles, autrement dit d'un mimétisme ou d'une imitation criminelle au sein de la multitude, sera différente selon qu'elles s'insèrent dans une foule criminelle dès sa formation (a) ou dans une foule détournée à des fins criminelles (b).

a) *La foule criminelle dès sa formation : une entente préalable à l'action criminelle*

1076. *La préexistence de la représentation de la scène délictueuse*. Lorsque la foule se forme autour d'un projet criminel, la représentation de la scène délictueuse peut préexister à son rassemblement. On pense notamment à certaines manifestations non déclarées, à celles qui l'ont été sous un faux prétexte, mais aussi aux mouvements insurrectionnels s'ils sont volontaires.

1077. *L'exemple du mouvement insurrectionnel*. La loi du 24 mai 1834 sur les détenteurs d'armes ou de munitions de guerre²¹⁴⁴ constitue le premier fondement du dispositif pénal en matière de participation à un mouvement insurrectionnel²¹⁴⁵. Après quelques évolutions législatives, l'article 412-3 du Code pénal définit aujourd'hui le mouvement insurrectionnel comme « toute violence collective²¹⁴⁶ de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national »²¹⁴⁷. Le législateur

²¹⁴⁴L. du 24 mai 1834 (B. des lois, 1re partie, Lois, t. 93, p. 113, n° 124).

²¹⁴⁵V. A. COLLET, *Insurrection*, Rép. pén., 2001, n° 1.

²¹⁴⁶M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, n° 810. L'auteur se demande pourquoi évoquer toutes violences pour ensuite en faire une liste détaillée.

²¹⁴⁷Le mouvement insurrectionnel est à différencier, d'une part, de l'attentat. En effet, le premier est par nature une infraction collective, à la différence du second. V. sur ce point F. ROUSSEAU, *Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation - Autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire*

prévoit des sanctions assez sévères puisque le mouvement insurrectionnel constitue toujours un crime puni, selon les circonstances, de quinze ans de détention criminelle et 225 000 euros d'amende²¹⁴⁸ à vingt ans de détention criminelle et 300 000 euros d'amende²¹⁴⁹. La portée politique de l'insurrection explique certainement cette sévérité. Infraction collective par nature, elle « suppose un soulèvement plus ou moins généralisé contre l'autorité gouvernementale établie, une subversion qui, **entraînant une partie importante de la population,** menace par son ampleur et son intensité les institutions de la République ou l'intégrité du territoire national »²¹⁵⁰. L'article 412-4 du Code pénal distingue six modes de participation différents, dont l'édification de barricades ou retranchements, l'occupation à force ouverte ou par ruse ou encore la destruction de tout édifice ou installation pour faire attaque ou résistance envers la force publique, ces actes impliquant une « certaine brutalité »²¹⁵¹. Pour engager la responsabilité individuelle lors d'un mouvement insurrectionnel, les juges du fond doivent établir une participation personnelle mais également une concertation entre tous les membres du mouvement. A défaut de constater une entente, ils ne peuvent qualifier la participation à l'infraction collective d'insurrection. Le texte d'incrimination n'exige aucun dol spécial²¹⁵² et le dol général se déduira généralement de l'ampleur des actes matériels accomplis par les insurgés et notamment la manifestation des violences collectives, ainsi que la gravité plus ou moins importantes des dégâts occasionnés.

1078. ***L'entente préalable à la foule criminelle.*** Lorsque la foule poursuit un but criminel dès sa formation, le juge devra donc établir la préméditation – comme pour l'insurrection - ou du moins l'entente préalable au rassemblement. Ce qui revient, selon le

national – Attentat et complot – Mouvement insurrectionnel – Usurpation de commandement. Levée de forces armées. Provocation à s'armer illégalement, art. 412-1 à 412-8, J.-Cl. Pénal Code, 2015, fasc. 20, n° 65 et s.

²¹⁴⁸ Art. 412-4 C. pén. : « est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende le fait de participer à un mouvement insurrectionnel : 1° En édifiant des barricades, des retranchements ou en faisant tous travaux ayant pour objet d'empêcher ou d'entraver l'action de la force publique ; 2° En occupant à force ouverte ou par ruse ou en détruisant tout édifice ou installation ; 3° En assurant le transport, la subsistance ou les communications des insurgés ; 4° En provoquant à des rassemblements d'insurgés, par quelque moyen que ce soit ; 5° En étant, soi-même, porteur d'une arme ; 6° En se substituant à une autorité légale ».

²¹⁴⁹ Art. 412-5 C. pén. : « est puni de vingt ans de détention criminelle et de 300 000 euros d'amende le fait de participer à un mouvement insurrectionnel : 1° En s'emparant d'armes, de munitions, de substances explosives ou dangereuses ou de matériels de toute espèce soit à l'aide de violences ou de menaces, soit par le pillage, soit en désarmant la force publique ; 2° En procurant aux insurgés des armes, des munitions ou des substances explosives ou dangereuses ».

²¹⁵⁰ A. COLLET, *Insurrection*, op. cit., n° 5.

²¹⁵¹ F. ROUSSEAU, *Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation - Autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national*, ..., op. cit., n° 65.

²¹⁵² Les juges pénaux n'auront donc pas à établir les objectifs politiques des insurgés. Aucun dol spécial n'est imposé par les textes d'incrimination. V. A. COLLET, op. cit., n° 6.

concept d'imitation, à la **recherche d'une représentation préalable de la scène de la foule violente dans l'esprit de chacun, c'est-à-dire de tous les participants**. Cette représentation, dans le cas de l'insurrection, existe nécessairement chez les individus qui ont prémédité la foule criminelle, c'est-à-dire décidé de la provoquer, au sens que VIOT donne à ce terme pour entraîner avec eux « une partie importante de la population ». Et pour ceux qui rejoignent le mouvement criminel, c'est bien leur adhésion à cette représentation de la foule violente qui conditionne leur participation.

Il faut admettre que la foule criminelle dès sa formation peut elle-même constituer un fait excitateur pour des curieux qui se trouveront mêlés malgré eux au rassemblement. Car si la foule peut être organisée, tous ses mouvements ne sont pas prévisibles. Dans ce sens, même au sein d'une foule à destination criminelle, le juge devra au moins constater une entente simultanée pour conclure à la responsabilité de l'individu. Et c'est bien la participation à un agir mimétique horizontal, révélée par une coopération quelconque aux actes criminels qui différenciera le membre de la foule criminelle du simple spectateur. Cette appréciation présentera alors les mêmes difficultés que dans le cas d'une foule détournée à des fins criminelles.

b) La foule détournée à des fins criminelles : des ententes préalables ou instantanées à l'action criminelle

1079. **Foule et débordements de foule.** La foule peut avoir un but licite lors de sa formation puis, par des débordements durant l'événement, devenir criminelle. La représentation de la scène délictueuse intervient alors après la naissance de la foule et peut être à l'origine de mouvements de foule. La multitude d'individus concentrés en un lieu déterminé favorise incontestablement par mimétisme horizontal et contagion, la commission d'infractions. Le juge devra rechercher la participation personnelle de chacun et l'entente instantanée pour constater des infractions commises en groupe.

1080. **La compréhension des mouvements de foule.** Les crimes commis dans une foule détournée à des fins criminelles ne sont pas tant le fait de la foule entière que de groupes excitateurs/excités qui s'insèrent parmi la multitude. Il peut s'agir de plusieurs actions collectives passagères. La difficulté est que la multitude ne rend pas claire la compréhension de la participation personnelle de chacun des membres de la foule dans l'action délictuelle. La

masse, la rapidité des mouvements de l'ensemble, l'agir mimétique général au sein de la foule peut en effet créer l'illusion que tous ont participé à l'acte délictuel. Pourtant, la seule présence dans la foule ne saurait justifier une sanction.

Pour éviter de punir injustement un simple curieux (ou tout autre individu n'ayant pas réagi à la suggestion de l'image délictuelle), le juge devra donc décomposer la foule, afin d'en comprendre les mouvements criminels. Autrement dit, il devra identifier des groupes restreints parmi la foule afin de les sanctionner (α). Pour cela, il pourra recourir à certains éléments de preuve lui permettant de rendre visible l'invisible, à savoir de représenter l'acte criminel et ses contours, dans la foule (β).

α) La recherche du sens des mouvements de la foule détournée à des fins criminelles : la foule décomposée en groupes restreints

1081. ***La foule, lieu d'une illusion à lever pour identifier les délinquants.*** Lors d'un rassemblement, des infractions peuvent être commises collectivement par des « casseurs » ou « excitateurs » venus délibérément pour commettre des actes antisociaux mais également par d'autres individus, suggestionnés par l'action des premiers à entrer dans un agir mimétique criminel. M. Mathias MURBACH-VIBERT ²¹⁵³ remarque que « la commission de ces infractions est favorisée par la concentration humaine que suscite la manifestation, mais elle se détache totalement des mouvements collectifs de revendication ».

Du fait de la multitude, les individus peuvent ressentir une certaine impunité à commettre des crimes parce qu'ils se sentent comme « cachés » dans la foule, non identifiables. Et c'est au juge qu'incombe l'identification de ces criminels, bien que peu lui importe de distinguer le meneur ou l'excitateur de l'individu qui aura été suggestionné. Dans ce sens, son raisonnement n'a pas à aller au-delà de l'établissement d'un agir mimétique criminel, sans égard aux rôles tenus expressément par chacun des participants. Ce qui de toutes façons correspond bien à la réalité d'une scène mimétique, où les positions sont interchangeables et se réfèrent les unes aux autres.

1082. ***La caractérisation de l'entente.*** Au nombre des infractions commises dans la foule, on peut compter en pratique des dégradations, des violences, des vols, les entraves à la

²¹⁵³M. MURBACH-VIBERT, *Manifestations*, op. cit., n° 195.

liberté de manifestation ou entrave à la circulation²¹⁵⁴, des participations armées aux rassemblements, etc. S'agissant de mouvements de foule, le juge pénal aura à caractériser l'existence d'une entente au moins instantanée. Cette dernière constituera alors soit une circonstance aggravante de réunion – comme pour les violences ou les dégradations – soit un élément constitutif de l'infraction – comme pour l'entrave collective à la liberté de la manifestation.

1083. ***Des ententes groupales délictueuses au sein de la foule.*** Identifier les agents d'une infraction « noyés » dans un mouvement de foule revient, selon nous, à rechercher un tout indivisible, une entente groupale délictueuse, dans une entité plus importante, elle-même soudée par un agir mimétique. Le juge devra prendre soin de ne pas considérer la connivence apparente des membres de la foule comme une entente globale à la scène de violence ou de dégradation, qui caractériserait une infraction collective de la foule. Supposer par exemple que cent personnes qui commettent des dégradations dans un même lieu se sont entendues – même spontanément – pour agir ensemble, revient en effet à considérer que le crime est celui de la foule et que la responsabilité pénale correspond plutôt à une responsabilité collective qu'individuelle. Pour éviter un tel raisonnement, il est nécessaire de décomposer l'ensemble en plusieurs scènes. L'entente à l'accomplissement collective de l'infraction devra donc être appréciée pour **chaque groupe restreint et délictuel de la foule**. Cela évitera d'inclure dans la participation criminelle le simple observateur se trouvant à proximité par hasard.

La recherche d'une ou plusieurs ententes groupales délictueuses dans la foule favorisera en outre l'appréciation des responsabilités individuelles dans une infraction collective. Par exemple, la théorie de la scène unique de violence pourra trouver à s'appliquer de manière plus pertinente. Il s'agira de s'efforcer de constater une coaction pour chacune des scènes

²¹⁵⁴Selon l'article L. 412-1 du Code de la route, « le fait, en vue d'entraver ou de gêner la circulation, de placer ou de tenter de placer, sur une voie ouverte à la circulation publique, un objet faisant obstacle au passage des véhicules ou d'employer, ou de tenter d'employer un moyen quelconque pour y mettre obstacle est puni de deux ans d'emprisonnement et 4 500 € d'amende ». Plus particulièrement, la Cour européenne s'est prononcée, dans un arrêt du 5 mars 2009, sur l'application du délit d'entrave à la circulation routière lors d'une manifestation ayant débutée à 6 heures du matin jusqu'à 11 heures (CEDH, 5 mars 2009, Barroco c/ France, n° 31684/05). Selon elle, si « le déroulement de la manifestation [...] a entraîné une gêne partielle de la circulation, il est également admis que l'opération entreprise a provoqué, à plusieurs reprises, un blocage complet de la circulation sur l'autoroute, dû à l'arrêt volontaire des véhicules en tête du cortège, dont celui du requérant. Cette obstruction complète du trafic va manifestement au-delà de la simple gêne occasionnée par toute manifestation sur la voie publique » (§ 47s.). La Cour de cassation avait rejeté le pourvoi des requérants et confirmait l'arrêt de la Cour de Lyon qui considérait que « la commission d'infraction à la loi pénale ne saurait être justifiée ni par l'exercice du droit de grève ni par les manifestations sur les voies publiques qui constituent un des modes d'expression de la liberté de réunion et qui sont soumises à une obligation de déclaration préalable » (Cass. crim. 8 mars 2005, B. n° 77).

infractionnelles inscrites dans la foule.

Pour cela, le juge dispose d'outils probatoires lui permettant de rendre visible les détails des mouvements de la foule.

β) Les outils probatoires permettant d'élargir la qualification des crimes commis dans la foule

1084. ***La nécessité d'une certitude quant à l'accomplissement de l'infraction.*** La visibilité des actes criminels commis par la multitude ou au sein d'une foule peut être rendue plus ou moins possible par l'utilisation, notamment, des vidéos-surveillances ou encore des témoignages. Cela étant, si un doute persiste, le juge pénal devra nécessairement conclure à l'impunité.

1085. ***Utilité et limites de la vidéosurveillance.*** L'enregistrement vidéo des mouvements de foule trouve d'abord une utilité préventive²¹⁵⁵, mais constitue également un outil d'analyse *a posteriori* des infractions commises lors de l'événement. A ce titre, le Code de la sécurité intérieure permet un accès à toutes les caméras présentes sur les lieux du rassemblement. Les images recueillies seront utilisables dans un cadre judiciaire à titre probatoire des infractions constatées. M. Mathias MURBACH-VIBERT remarque qu'il ne faut toutefois pas « se leurrer et croire à un miracle technologique. Si l'utilisation de la vidéo est un outil intéressant, il reste limité par certaines contraintes : le nombre de débordements à filmer en même temps, la dissimulation des auteurs au sein de la foule ou par des artifices (visage masqué, tenue uniforme pour les "Black Blocs", extrême mobilité), l'impossibilité d'avoir des images exploitables dans certaines circonstances (la nuit, en présence de fumée due aux fumigènes ou aux gaz lacrymogènes) »²¹⁵⁶.

1086. ***La question de la dissimulation du visage.*** Bien que la dissimulation volontaire du visage en tout ou partie afin de ne pas être identifié soit sanctionnée lors d'une

²¹⁵⁵Remarquons que la vidéosurveillance peut être utilisée préventivement. Selon les articles L. 252-6 et L. 252-7 du Code de sécurité intérieure, une fois informés de la tenue imminente d'un grand rassemblement présentant des risques particuliers d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens, le représentant de l'Etat dans le département et, à Paris, le préfet de police peuvent autoriser provisoirement l'installation d'un système de vidéo-protection, sans avis préalable de la commission départementale de vidéo-protection.

²¹⁵⁶M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 168.

manifestation²¹⁵⁷ ou encore d'un attroupement, armé²¹⁵⁸ ou non²¹⁵⁹, il arrive souvent que les différents débordements soient le fait d'individus dissimulant leur visage par des cagoules ou autres vêtements. Leur but est évidemment de ne pas être reconnaissables. L'alinéa 3 de l'article R. 645-14 du Code pénal prévoit une exception pour « les manifestations conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime », tel que le port d'une écharpe afin de protéger l'individu du froid. Il paraît donc parfois difficile de rapporter la preuve de la dissimulation volontaire et d'écarter l'hypothèse d'un motif légitime. Par exemple²¹⁶⁰, se couvrir le visage afin de se protéger de gaz lacrymogènes est-il un motif légitime ?²¹⁶¹

Malgré tout, le législateur a prévu la dissimulation du visage comme une circonstance aggravante de certaines infractions, tels que la violence²¹⁶², les vols²¹⁶³, les dégradations²¹⁶⁴ ou encore la participation à un attroupement²¹⁶⁵.

1087. *Utilité et fragilité des témoignages.* Par ailleurs, les témoignages peuvent également permettre une meilleure visibilité des mouvements de foule criminels. En effet, ils fournissent des éléments pour mieux comprendre la ou les scènes et constater la participation personnelle de certains individus. Cela étant, là encore, la valeur probatoire des témoignages est à relativiser. Car ils peuvent émaner d'individus eux-mêmes participants à la foule, c'est-à-dire sujets à la suggestibilité. A ce titre, VIOT considère que de tels témoignages ne devraient en aucun cas être pris en compte par le juge afin de juger de la participation criminelle, seuls ceux des forces de l'ordre devant être approuvés²¹⁶⁶.

Nous ne saurions être aussi catégorique. Les représentants de la force publique présents

²¹⁵⁷L'alinéa 1 de l'article R. 645-14 du Code pénal punit d'« une amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe le fait, pour une personne se trouvant au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public ».

²¹⁵⁸Art. 431-4 alinéa 2 C. pén.

²¹⁵⁹Art. 431-5 alinéa 2 C. pén.

²¹⁶⁰Nous reprenons l'exemple de M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 168.

²¹⁶¹S'agissant d'une contravention, l'article 53 du Code de procédure pénale empêche les forces de l'ordre de recourir à l'enquête de flagrance. Celles-ci ne pourront que contrôler l'identité de la personne suspecte, ou encore l'emmener au commissariat. Par ailleurs, au regard des articles 54, 56 et 75 du même Code, elles devront obtenir l'assentiment de l'individu pour appréhender l'objet de l'infraction, et donc ce qui permet de couvrir le visage. M. MURBACH-VIBERT mesure « la faible portée de cet "interdit de papier" » (M. MURBACH-VIBERT, op. cit., n° 180).

²¹⁶²Art. 222-12, 15° et 222-13, 15° C. pén.

²¹⁶³Art. 311-4, 10° C. pén.

²¹⁶⁴Art. 322-3, 7° C. pén.

²¹⁶⁵Art. 431-4, al. 2 et Art. 431-5, al. 3 C. pén.

²¹⁶⁶M. VIOT, Prévention et Répression de la criminalité des foules, op. cit., p. 304.

lors d'un mouvement de foule sont certes d'une probité certaine mais sont, d'après nous, susceptibles également d'être victimes de la suggestion qui règne dans la foule. On constate d'ailleurs, dans certaines affaires, des défenses fondées sur la remise en cause des témoignages des autres membres de la foule mais également des agents de police²¹⁶⁷. Si le témoignage d'une autorité a plus de force que celui d'un participant à la foule, le juge devra le corroborer par d'autres indices. Il devra établir tous les éléments de faits afin de conclure à la participation personnelle et à l'entente des individus impliqués dans la foule criminelle.

1088. ***Des situations où l'impunité est inévitable.*** Si tel n'est pas le cas, l'impunité devra être prononcée. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé dans un arrêt du 29 novembre 2016²¹⁶⁸. En l'espèce, des organisations syndicales avaient convié leurs membres agriculteurs à une réunion à l'issue de laquelle a été décidé de se rendre sur deux sites de la Scarmor où des infractions ont été commises sans pouvoir en déterminer les coauteurs (entrave à la liberté du travail, mise en danger d'autrui, dégradations aggravées et vol aggravé). Pour la Cour de cassation, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte, a justement considéré qu'« il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis les délits reprochés, ni tout autre infraction ». Les juges du fond ont soulevé que « selon l'ensemble des participants, il s'agissait de la décision de la foule des agriculteurs en colère », « c'est donc dans ce contexte que doit être examinée la suffisance des charges ». Or, pour la cour de Rennes, « les investigations, n'ont pas permis d'identifier parmi les centaines de manifestants présents les auteurs des infractions ». La Cour de cassation a donc confirmé la décision des juges du fond d'avoir considéré que « la multitude des participants aux faits litigieux, la destruction d'une partie des caméras de surveillance et la solidarité entre les agriculteurs ont rendu impossible toute mise en cause individuelle ». La seule présence du prévenu, dirigeant de la manifestation, ne constituait pas une preuve suffisante pour la caractérisation de sa participation aux mouvements de la foule.

Cet exemple démontre bien la difficulté de caractériser une infraction collective quand

²¹⁶⁷V. par ex. Cass. crim., 7 juin 2001, n° 00-87862, non publié au bulletin. Le prévenu tentait de faire ressortir que « les témoignages des policiers étaient empreints de contradictions, que sa reconnaissance était sujette à caution et plus spécialement que les policiers qui le reconnaissaient prétendument formellement, ne le reconnaissaient pas avoir fait les mêmes gestes ou les mêmes choses ; qu'en accordant systématiquement toute crédibilité aux déclarations des gardiens de la paix sans répondre aux éléments contenus dans les conclusions [du prévenu] », la cour d'appel aurait violé les articles 222-11, 222-12, 222-13, 322-1 et suivants du Code pénal, 593 du Code de procédure pénale, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation rejeta le pourvoi.

²¹⁶⁸Cass. crim., 29 novembre 2016, n° 16-80161, non publié au bulletin.

l'agir mimétique est tel qu'il conduit à une confusion des protagonistes. L'intention ici est celle de la « foule en colère », prise comme une **entité psychologique** et le **sentiment d'appartenance à un tout** se révèle intense puisque « la solidarité entre les agriculteurs » les conduit à assumer ensemble la responsabilité des actes commis, comme s'ils étaient le résultat d'un « tous » et non d'un seul. Faute d'éléments probatoires du fait de « la destruction d'une partie des caméras de surveillance », le juge ne peut contrer ce « nous » pour identifier des « je » agissant ensemble. Un tel agir mimétique pose des écueils incontournables à l'engagement de la responsabilité individuelle.

1089. ***Pour conclure sur la sanction des infractions commises dans la foule.*** Le droit pénal ne peut sanctionner un groupe sans avoir constaté une entente, même dans le cadre de l'anonymat d'un mouvement de foule. L'agir mimétique présent dans toute foule ne suffit pourtant pas à caractériser l'entente à commettre une infraction, celle-ci doit être partagée par des individus formellement identifiés. Ainsi le juge pénal ne peut-il sanctionner un mouvement de foule sans rechercher l'existence d'une éventuelle connivence, même instantanée, entre les différents participants à la foule criminelle ou à l'accomplissement d'un acte délictueux dans la foule.

En l'absence d'infractions formelles imputables collectivement à tous les individus composant une foule, on ne peut cependant pas parler, en droit, de crime de foule, mais plutôt de crimes commis **dans** la foule. Soit un agent agit seul, et dans ce cas, aucune difficulté ne se présentera pour engager sa responsabilité, sous réserve de la visibilité de son action dans la multitude de la foule. Soit plusieurs agents agissent ensemble, et à la difficulté de l'anonymat s'ajoutera celle de **caractériser une entente à l'infraction s'inscrivant dans un agir mimétique**. Identifier les auteurs d'un acte de violence ou de dégradation au milieu d'une multitude d'individus animés de comportements d'imitation, identiques ou ressemblants, et sujets à des changements rapides et imprévisibles dans leurs mouvements, c'est ce que le juge doit s'attacher à réaliser, par tout moyen probatoire à sa disposition, afin de décomposer et de comprendre les mouvements délictueux dans la foule. Parfois la mimésis entre les participants à l'infraction est telle que toute individualisation des actes est impossible. Elle peut se traduire par des comportements d'imitation parfaite ou imparfaite, mais également par des comportements distincts. Dans tous les cas, la **confusion** tient à **l'apparence illusoire et globale de la foule** compacte derrière laquelle se dissimulent les participants à l'infraction. En décomposant la foule en plusieurs scènes infractionnelles, le juge pénal se donne les moyens de vaincre l'apparence trompeuse.

2) *La réparation des dommages causés par des mouvements de foule*

1090. ***Le régime favorable aux victimes.*** Au-delà des sanctions appliquées aux responsables des crimes et délits commis dans une foule, le législateur prévoit d'autres responsabilités qui pourront contribuer à la réparation de dommages et de dégâts consécutifs à des mouvements de foule. Ce régime est assez favorable pour les victimes, en particulier **s'il n'a pas été possible d'identifier les auteurs et coauteurs des infractions**. En outre, il permet de réparer des dommages qui résulteraient d'imprudence ou de négligence, notamment pendant des mouvements de panique de la foule.

1091. ***La responsabilité pénale de l'organisateur.*** Si le rassemblement est planifié et licite, l'organisateur²¹⁶⁹ peut engager sa responsabilité au pénal en tant que personne physique ou personne morale, voire les deux.

Premièrement, au titre de personne physique, il est soumis à une obligation de sécurité envers la foule et est tenu pour responsable des imprudences et négligences²¹⁷⁰ qui conduiraient à des dommages lors du rassemblement. Dans ce sens, il peut être reconnu coupable d'avoir favorisé la situation ayant permis la réalisation du ou des dommages et dégâts en n'ayant pas pris les mesures d'évitement efficaces. Tel est le cas, par exemple, s'il viole délibérément une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Nous avons évoqué précédemment une telle obligation en matière de manifestation sportive pour laquelle l'organisateur doit prendre toutes les précautions nécessaires afin de sécuriser le stade²¹⁷¹.

Deuxièmement, au titre de personne morale, l'organisateur peut également être tenu pénalement responsable des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants. Il s'agira notamment du maire, du conseil municipal, du président du conseil

²¹⁶⁹L'organisateur doit s'entendre de façon large. Ainsi peut-il s'agir de celui qui organise la manifestation ainsi que celui qui fournit une prestation permettant la tenue de la manifestation. V. notamment E. ROYER, Ph.-H. DUTHEIL (direct.), *Organisation d'une manifestation*, Etude 20, 2016 Actualisation – juillet 2017, n° 20. 318.

²¹⁷⁰V. par ex. Cass. crim. 11 juin 2003, B. crim. n° 121. Un maire a été déclaré coupable d'homicide et blessures involontaires pour ne pas s'être « préoccupé de la vérification des installations électriques et des prescriptions à observer lors de manifestation sur la voie publique ». Par ailleurs, « en se désintéressant de l'organisation de la manifestation, confiée au comité des fêtes, qui a signé les contrats définissant les obligations à la charge de la commune quant à l'équipement électrique mis à la disposition des intervenants, et en s'abstenant de vérifier ou faire vérifier le respect des règles de sécurité, il a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer ».

²¹⁷¹V. *supra* n° 1062.

départemental ou régional, etc.²¹⁷².

1092. ***La responsabilité civile de l'organisateur.*** En outre, l'organisateur peut engager sa responsabilité civile contractuelle ou délictuelle²¹⁷³. S'il est une personne privée, l'action en réparation est introduite devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a engagé la responsabilité d'une société de sécurité privée suite aux décès de plusieurs personnes causés par des mouvements de panique pendant une soirée accueillant 2 500 participants²¹⁷⁴.

Si l'organisateur est une personne publique, l'action est introduite devant les juridictions administratives s'il est une personne publique²¹⁷⁵. L'organisateur pourra toutefois tenter de rechercher d'autres responsabilités telles que la responsabilité du fait de la police spéciale des établissements recevant du public²¹⁷⁶.

1093. ***La responsabilité de l'Etat.*** Enfin, l'article L. 211-10 du Code de sécurité intérieure prévoit une responsabilité sans faute qui tend à réparer largement les dommages, peu importe leur nature, et les dégâts causés par les manifestations ou les forces de l'ordre ; et quels que soient la victime, c'est-à-dire qu'elle ait été menée ou observatrice du rassemblement. Dans ce sens, la disposition prévoit que « l'Etat est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens »²¹⁷⁷. L'alinéa 2 de l'article L. 211-10 prévoit toutefois que l'Etat peut, ensuite, exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouve engagée, notamment du fait d'une carence du maire, par exemple, dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Il importe peu que le ou les dommages et les dégradations aient été causés par des manifestants ou des forces de l'ordre, peu importe que les victimes aient été extérieures au

²¹⁷²Cependant, on notera que selon l'alinéa 2 de l'article 121-2 du Code pénal, « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». V. TGI Strasbourg, 27 mars 2007, JurisData n° 2007- 331762.

²¹⁷³On rappellera le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle qui empêche le contractant victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle de choisir le fondement juridique de l'action en réparation de son dommage, sauf en cas de faute dolosive ou pénale.

²¹⁷⁴Cass. crim., 11 décembre 2007, n° 06-88503, non publié au bulletin.

²¹⁷⁵Ajoutons que la collectivité en qualité d'autorité de police pourra également engager sa responsabilité financière devant la chambre régionale des comptes ou la Cour de discipline budgétaire et financière selon les dispositions prévues par les articles L. 311-1 et suivants du Code des juridictions financières.

²¹⁷⁶V. par exemple CE, 7 mars 1980, SARL Cinq-sept et autres, Lebon 129, concl. MASSOT.

²¹⁷⁷V. par ex. TA Caen, 28 avril 2010, Sté Transports Godfroy, req. n° 0900657, AJDA 2010. 1614.

rassemblement²¹⁷⁸.

²¹⁷⁸ V. notamment E. ROYER, Ph.-H. DUTHEIL (direct.), *Organisation d'une manifestation*, Etude 20, 2016 Actualisation – juillet 2017, n° 20. 338.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1094. *La foule, un lieu d'agirs mimétiques.* Nous avons vu dans ce chapitre que la foule est le lieu privilégié d'un agir mimétique parce que la multitude favorise, dès qu'elle est engagée dans une finalité partagée, la **propagation de représentations communes entre les individus** qui la composent et la **suggestion de comportements d'imitation et de coopération mutuelle**. A côté d'une unité globale, unissant tous les participants à la foule, ces mêmes processus peuvent conduire à sa fragmentation, sa désorganisation en des groupes plus restreints pris dans des **scènes mimétiques « de proximité »**, orientées éventuellement vers l'accomplissement d'actes délictueux. Et ce d'autant plus que la foule procure également un sentiment d'impunité et fournit un anonymat apparent ou du moins une invisibilité de l'action individuelle.

1095. *La nécessité de décomposer la foule afin de saisir les responsabilités individuelles.* C'est pourquoi le droit pénal sanctionne des crimes et délits commis dans la foule est particulièrement délicat. Pour éviter l'injuste application d'une responsabilité collective indifférenciée ou de prononcer l'impunité des actes criminels de la foule, le juge doit s'attacher à **décomposer les mouvements de foule**, pour **vaincre l'illusion causée par la multitude** et identifier les responsables des infractions. Il s'agit de saisir et de sanctionner une coaction, lieu de comportements mimétiques et d'imitation, au sein d'une entité plus importante engagée elle aussi dans des mouvements mimétiques identiques ou ressemblants ; ou encore des comportements de complicité. Et malgré l'appui de certains outils à valeur probatoire, de plus en plus sophistiqués de nos jours, le risque d'impunité est toujours à envisager dans les situations d'imitation plurilatérale horizontale de foule.

1096. *Les mesures préventives et les réparations des dommages.* Ce risque justifie les mesures de prévention prises par le législateur pour encadrer les foules, dont les mouvements demeurent cependant imprévisibles. Les dispositions témoignent d'une certaine prise en compte, par le droit pénal, de l'existence des processus de contagion mentale et de propagation de comportements mimétiques ou d'imitation dans une foule, qu'il s'agit d'éviter au maximum dans leur expression criminelle. Pour la même raison, il prévoit la possible réparation des dommages et dégâts causés par une foule en dehors de toute imputation de responsabilités individuelles en particulier lorsqu'il n'est pas possible d'identifier (ou qu'il n'existe pas pour les mouvements de paniques) des auteurs ou coauteurs d'infractions dans la foule.

CONCLUSION DU TITRE I

1097. *L'existence d'une imitation plurilatérale horizontale illicite.* Les critères de l'imitation comportementale plurilatérale ne sont pas des éléments constitutifs des infractions collectives par nature ou commises collectivement. Pourtant, inhérente au groupe restreint, l'imitation intervient dans la commission d'actes illicites en groupe.

1098. *La prise en compte par le droit pénal d'un agir mimétique horizontal.* En dissociant le processus de mimésis sociale de l'imitation qui en constitue une expression comportementale, nous avons constaté que **l'agir mimétique horizontal** correspond à un **mode particulier de participation à l'infraction** : la **coaction**, dont les critères, au regard de notre concept, sont 1) la représentation commune d'une scène d'agissements du groupe, 2) une coopération mutuelle tournée vers une même détermination, et 3) un agissement de chacun des membres en référence les uns des autres, de manière complémentaire, équivalente et coordonnée. L'« agir ensemble » remplaçant l'« agir seul », la coaction n'est pas une juxtaposition d'agirs individuels car les coauteurs agissent mutuellement la même image mentale, du fait d'une coopération et entente. Il existe entre eux une véritable dépendance expliquant ainsi que l'on puisse apprécier leur action infractionnelle collectivement, sans pour autant aboutir à l'engagement d'une responsabilité pénale collective.

1099. *La justification de la coaction.* Il arrive que la mimésis sociale horizontale crée une illisibilité de la scène infractionnelle, notamment lorsqu'elle se traduit par des comportements d'imitation parfaite ou imparfaite. Dans la mesure où ils agissent ensemble mimétiquement, la sanction de tous les coauteurs est justifiée. Par la caractérisation des différents critères d'un agir mimétique horizontal, nous avons pu constater que la coaction relève d'un phénomène mimétique criminel qui suffit à justifier l'engagement de la responsabilité individuelle de tous les coauteurs.

1100. *La limitation de la coaction à la pluralité.* Dans une multitude d'individus, la difficulté d'appréhender les agirs mimétiques horizontaux tient à la création d'une apparence illusoire et globale qu'il convient de combattre afin de saisir les différentes scènes infractionnelles. En effet, il est difficile de caractériser dans une foule une coopération et une entente mutuelle entre chaque participant. Dans ce cas, le juge doit s'attacher à décomposer les

mouvements apparents que subirait cette multitude, pour vaincre l'illusion et identifier au mieux les responsables des infractions. Autrement dit, il s'agit de saisir et de punir une ou des coactions au sein de la multitude. Et si ce n'est pas possible, soit certains participants peuvent être sanctionnés comme auteurs ou « actants seuls », soit l'impunité devra être prononcée.

TITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE

1101. ***L'imitation plurilatérale verticale.*** L'imitation verticale renvoie à un processus mimétique dans lequel il existe un rapport hiérarchique entre un modèle et un ou plusieurs mimes c'est-à-dire un lien de domination de l'un sur les autres. Que la tonalité de ce rapport soit positive ou négative, cela signifie que le comportement d'imitation est induit par au moins deux volontés : celle de l'imitateur, comme dans l'imitation unilatérale que nous avons étudiée dans la première partie, mais également celle d'un autre individu qui suggère l'imitation, soit en se donnant lui-même pour modèle soit en fournissant la représentation d'un modèle à suivre.

C'est pourquoi il nous semble approprié de qualifier cette sorte d'imitation de « plurilatérale » d'autant que, nous le verrons, elle n'exclue pas une certaine réciprocité entre les protagonistes.

1102. ***La suggestion d'un modèle licite ou illicite.*** Nous avons vu que l'imitation est un fait social. Une personne peut être prise pour modèle par un ou plusieurs individus c'est-à-dire susciter leur désir de l'imiter, dans ses actes, l'expression de ses idées, sa création, sa façon d'être au monde, etc. Dans les situations d'imitation unilatérale personnelle que nous avons étudiées dans la première partie, le modèle l'est en général à son insu et c'est le constat de l'imitation qui déclenche, parce qu'elle est illicite, sa répression. Dans les phénomènes de groupe au contraire, il est possible de concevoir que non seulement le modèle connaît son ou ses imitateurs mais qu'il est conscient de l'imitation dont il fait l'objet. Ce qui nécessairement amène à poser la question du rôle joué par le modèle dans le comportement d'imitation plurilatérale. Par ailleurs, il arrive qu'un individu ne soit pas tant pris lui-même pour modèle mais suggère un modèle à suivre. Il est alors celui qui crée le modèle, sans pour autant en être un personnellement.

Le modèle ou le créateur de modèle est celui qui suscite l'envie d'imiter. Lorsque l'acte d'imitation est licite, la relation qui existe entre l'imité et l'imitant est en général positive, tout comme le résultat, et il importe peu pour apprécier celui-ci d'analyser la part d'influence du modèle - ou de son « créateur » - sur son ou ses imitateurs. L'imitation plurilatérale est à la base de bien des apprentissages sociaux et constitue une méthode pédagogique utilisée dès les premières années d'enseignement scolaire. En revanche, lorsque l'acte d'imitation intervient dans un comportement collectif illicite, le droit pénal se doit d'intervenir et de déterminer le rôle de chaque protagoniste dans la participation à l'infraction voire aux infractions. Il s'agit

alors d'identifier éventuellement le provocateur, c'est-à-dire celui qui, usant de son rôle de modèle ou de « créateur » de modèle, à suscité l'envie de commettre une infraction, par imitation de ses propres actes ou bien suite à la création d'une représentation d'une image mentale antisociale à suivre.

1103. ***La recherche d'une provocation à l'imitation dans le droit pénal.*** Ainsi définie, cette situation d'influence et d'imitation semble renvoyer de prime abord à la notion de provocation bien connue du droit pénal : une personne provoque ou incite un autre individu à la commission d'un acte délictueux. Ce type d'infractions nous offre donc une première source de réflexion pour rechercher si le droit appréhende et sanctionne des situations d'imitation plurilatérale en incriminant particulièrement la « provocation » d'agissements mimétiques illicites, éventuellement par imitation comportementale.

Une difficulté apparaît d'emblée. Si le droit pénal sanctionne la provocation, il ne connaît pas spécifiquement la provocation à l'imitation. Et au regard de la diversité des textes, il paraît peu opportun de détailler tous les types de provocation et les infractions qui s'en suivraient. Il s'agira plutôt d'analyser des types de provocations avec un regard sur l'imitation, c'est-à-dire en identifiant un éventuel rapport imité/imitant caractérisant une imitation, avec la possibilité d'identifier un modèle.

1104. ***Différentes provocations.*** Toutes les provocations ne constituent pas des incitations à l'imitation. Certaines d'entre elles, par les moyens utilisés par les provocateurs, dont les actes les rendent comparables à des meneurs, semblent bien constituer des provocations illicites à des imitations comportementales illicites. Voyons donc comment le droit pénal peut intégrer la notion d'imitation provoquée (Chapitre 1) puis la problématique de l'engagement de la responsabilité pénale que pose parfois la provocation, notamment lorsqu'elle s'inscrit dans un processus d'imitation (ou de mimésis) verticale (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE OU IMITATION PROVOQUÉE

1105. ***L'imitation verticale d'un meneur.*** L'imitation verticale implique qu'un individu occupe une position hiérarchique vis-à-vis d'autres personnes, sur lesquelles il détient une autorité de fait ou de droit induisant qu'il doit légitimement être obéi ou suivi par des subordonnés. Ce rôle est décrit par différents vocables selon le contexte – enseignant, responsable, chef, patron, leader, etc. – mais peut être étudié sous le terme générique de meneur.

Des auteurs ont proposé un développement non négligeable sur les meneurs de foule, de secte ou autres groupes, qu'ils soient criminels ou non. Ces meneurs jouent un rôle déterminant sur l'action collective du groupe parce qu'ils représentent ou fournissent des modèles à suivre. Ils génèrent par conséquent des processus mimétiques chez leurs subordonnés et c'est ce processus vertical qui nous intéresse ici car il se rapproche de la notion juridique de provocation. En effet et globalement, le meneur provoque l'action du groupe alors que les menés (ou le mené) sont provoqués à l'action par imitation du modèle fourni par le meneur. Définir le rôle du meneur et décrire les interactions meneur/mené(s) (Section 1) nous permettra donc par la suite de reconnaître certaines situations délictueuses de provocation comme relevant d'une incitation volontaire à l'imitation plurilatérale verticale sanctionnée par le droit pénal (Section 2).

SECTION I : LES INTERACTIONS MENEUR/ MENES(S) DANS L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE

1106. ***Des relations horizontales et verticales.*** Nous avons déjà pu percevoir, en étudiant l'imitation au sein d'une pluralité ou d'une multitude d'individus²¹⁷⁹, qu'au côté du rapport horizontal entre les membres d'un groupe, une relation verticale est également observable entre ceux-ci et un ou des meneurs. Les écrits des auteurs sur la foule mentionnent notamment le rôle des organisateurs, ou meneurs, que nous avons distingué de celui des « excitateurs ». La fonction du meneur dans la foule et autres groupes plus restreints, déjà évoquée rapidement, doit être à présent plus amplement précisée, tant le rôle du provocateur

²¹⁷⁹V. *supra* n° 976 (pour la multitude) et plus généralement *supra* n° 856.

antisocial peut avoir des conséquences considérables sur les questions de responsabilité pénale.

1107. ***Le meneur-provocateur à l'action des menés.*** Les meneurs exercent sur un ou plusieurs individus une influence par un pouvoir suggestif que nous pourrions assimiler à une forme de provocation et qui peut conduire à une imitation comportementale. Dans cette section nous allons donc étudier plus particulièrement ce que les auteurs entendent par meneur, conscient ou inconscient, et comment se conçoit son influence sur les menés (I). Cet examen préalable nous permettra de proposer une description du processus d'imitation plurilatérale verticale, en considérant les rôles et les actions respectives du provocateur à l'imitation et de son ou ses provoqués (II).

I. La puissance suggestive du meneur

1108. ***La position dominante du meneur.*** L'organisation d'un groupe, qu'il soit composé d'une pluralité ou d'une multitude d'individus, peut démontrer une certaine hiérarchie entre ses membres et donc admettre l'existence possible de deux niveaux d'influence entre eux : un rapport horizontal et un rapport vertical. Leurs agissements par mimésis sociale peuvent donc relever de comportements d'imitation horizontale, que nous avons étudiée précédemment, mais également des comportements imitatifs en référence à un modèle. Nous avons rencontré la notion de meneur dans la description des phénomènes de foule, mais elle s'étend également à l'étude de la secte. Et si certains auteurs établissent une distinction entre meneur et suggesteur, ou encore chef élu, il nous semble que tous détiennent le pouvoir et la volonté de fournir un ou des modèles à l'action d'autrui.

Le meneur ou provocateur au sens large se comprend par conséquent par son positionnement dans le groupe, déterminé par certaines qualités personnelles (Paragraphe 1) autant que par son action sur le comportement d'autrui (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. Un ascendant fondé sur le prestige du meneur

1109. ***Meneurs et provocateurs.*** Comme le remarque TARDE, « une assemblée ou une association, une foule ou une secte, **n'a d'autre idée que celle qu'on lui souffle**, et cette idée, cette indication plus ou moins intelligente, d'un but à poursuivre, d'un moyen à employer, a beau se propager du cerveau d'un seul dans le cerveau de tous, elle reste la même ; le **souffleur**

est donc responsable de ses effets directs »²¹⁸⁰. De même, pour SIGHELE, la suggestion peut se faire d'un seul vers un seul : un associé qui suggestionne l'autre, « le frappe à son empreinte »²¹⁸¹. Ainsi est-il possible, selon nous, d'étudier au même titre le meneur d'un seul, celui d'un groupe restreint et celui d'une foule²¹⁸². Car chacun, à son niveau, peut être « provocateur » d'actions, d'émotions, d'idées, etc., que ce soit médiatement ou immédiatement, en agissant sur une « entité », c'est-à-dire une foule réunie ou éparse ou encore un groupe restreint ou un seul individu. Le « meneur-provocateur » est celui qui a la **fonction et la volonté de mener les autres**.

1110. ***Distinction entre meneur et excitateur.*** Nous avons établi, précédemment, la distinction entre le meneur qui suggère l'action à entreprendre pour la poursuite de la finalité commune et celui qui perturbe un ou des membres du rassemblement. Étudier le premier renvoie à la configuration des interactions verticales qui nous intéressent dans ce chapitre. Le meneur se différencie de l'excitateur/perturbateur au regard de l'intentionnalité. En effet, il nous semble que si le meneur peut être considéré dans certains cas comme un perturbateur, par exemple de l'ordre public, il démontre plus particulièrement l'intention de mener, de façon instantanée ou durable, le reste du groupe auquel il est attaché et d'être suivi. Et si un excitateur peut devenir meneur, ce n'est pas son intention première. En effet, un excitateur peut très bien entraîner une contagion mimétique par un de ses comportements sans qu'il ait la volonté d'être à l'origine de l'action des autres. Il peut être suivi malgré lui, alors que le meneur manifeste clairement une intention à générer des comportements chez les autres.

Les meneurs sont décidés et actifs²¹⁸³. Plus généralement, le meneur doit être entendu comme celui qui a la volonté d'influer sur les comportements des autres et d'être suivi.

1111. ***Tous les groupes ont un meneur.*** « L'unisson ne s'acquiert que par la

²¹⁸⁰G. TARDE, *L'opinion et la foule*, Paris : PUF, 1^{ère} éd., 1989, p. 78. « Il constitue le premier élément d'organisation des foules hétérogènes et prépare leur organisation en sectes. En attendant, il les dirige. La foule est un troupeau servile qui ne saurait jamais se passer de maître – que ceux-ci aient été d'ailleurs criminel ou non ».

²¹⁸¹S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, Paris : V. Giard et E. Brière, (Bibliothèque sociologique internationale), 1898, p. 97.

²¹⁸²G. TARDE, op. cit., p. 80. « Dès le moment où un amas d'hommes se met à vibrer d'un même frisson, s'anime et marche à son but, on peut affirmer qu'un inspireur ou un meneur quelconque, ou un groupe de meneurs ou d'inspireurs parmi lesquels un seul est le ferment actif, lui a insufflé son âme, soudainement grandissante, déformée, monstrueuse, et dont lui-même est parfois le premier surpris, le premier épouvanté ».

²¹⁸³S. SIGHELE, op. cit., p. 88.

domination d'une partie et la subordination de l'autre »²¹⁸⁴. Selon SIGHELE, « dans tous les temps et chez tous les peuples nous voyons que chaque phase de la civilisation trouve son symbole dans un héros »²¹⁸⁵. Tout groupe d'appartenance se composerait d'un meneur et de menés. Pour l'auteur, « toute action humaine a une cause évidente, définie, précise : une personne »²¹⁸⁶. Qu'ils soient chefs barbares, peintre, poète ou philosophe, un individu entraîne avec lui les autres par une certaine influence. Il s'agit là d'une loi de nature, une loi instinctive. Au-delà d'être individuelles, les actions sont collectives car « elles sont en réalité l'effet du choc entre deux forces, l'individu et le milieu, comme toute maladie est la conséquence de la rencontre d'un microbe et d'un terrain où le microbe a pu se développer »²¹⁸⁷. Dans le même sens, pour LE BON, « ce n'est pas avec des arguments, mais avec des **modèles**, qu'on guide les foules »²¹⁸⁸. A chaque époque il y a un « petit nombre d'individualités qui impriment leur action et que **la masse inconsciente imite** »²¹⁸⁹.

Il en est ainsi dans le milieu des gens honnêtes comme des gens malhonnêtes²¹⁹⁰. En effet, « le crime a, comme toute autre forme d'activité, son aristocratie, derrière laquelle on trouve, humble et envieuse, la multitude des médiocres »²¹⁹¹. Ainsi le meneur peut volontairement entraîner les autres à commettre des actes illicites.

1112. **Distinction entre « suggesteur », chef élu et meneur.** ROSSI fait une distinction entre « suggesteur » et « meneur »²¹⁹². Alors que le premier s'adresse à un seul, le second agit sur plusieurs et plus particulièrement sur une foule. Précisément, le « suggesteur » opère sur une psyché individuelle, en tant qu'« intellectif » faisant pénétrer des états d'âme dans le sujet, par la voix ou par des actions diverses²¹⁹³. Son action est bien inférieure à celle du

²¹⁸⁴S. SIGHELE, id., p. 93.

²¹⁸⁵S. SIGHELE, *Le crime à deux, Essai de psychologie morbide*, Paris : Masson et Lyon : Storck (Bibliothèque de criminologie), 2^{ème} éd., 1893, p. 22. L'auteur démontre cette thèse notamment en citant les exemples du suicide à deux, de la folie à deux ou encore du crime à deux.

²¹⁸⁶S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, pp. 72 et 75. SIGHELE semble montrer qu'il n'est plus seulement question d'une psychologie individuelle ou sociale, mais d'une psychologie collective.

²¹⁸⁷S. SIGHELE, op. cit., p. 93.

²¹⁸⁸G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris : Edition Félix Alcan, 9^{ème} éd., 1905. LE BON entend largement les foules, qui représentent des groupes de rassemblement, d'appartenance. Dans ce sens, pour l'auteur, un groupe de 12 personnes peut constituer une foule.

²¹⁸⁹G. LE BON, id., p. 78.

²¹⁹⁰S. SIGHELE, *Le crime à deux*, op. cit., p. 7. « Comme l'individu honnête et normal admirera le génie d'un poète ou d'un philosophe, de même le criminel subira le prestige d'un brigand ou d'un assassin célèbre et tâchera de les imiter ».

²¹⁹¹S. SIGHELE, op. cit., pp. 7 et 33. Pour SIGHELE, comme l'homme honnête, le criminel n'échappe pas aux « lois qui dominent, à un point de vue général, les actions de tous les hommes ».

²¹⁹²P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, Paris : A. Michalon, 1904, p. 21.

²¹⁹³Ibid.

meneur de foule, dans laquelle « l'émotion devance la pensée, comme déterminante des actions »²¹⁹⁴. Le meneur de foule, pour ROSSI, agirait donc « en émotif » sur celle-ci car « dans son âme surgissent des passions nouvelles et rapides, qui s'annoncent et se manifestent par des contractions passionnées du visage, par des accents et des cris, auxquels la foule ne reste pas toujours sourde, s'ils ne sont ni trop compliqués ni trop pénibles »²¹⁹⁵. Cette distinction met donc l'accent sur un pouvoir de persuasion qui serait plus important chez le meneur de foule, mais présent également chez le suggesteur.

SIGHELE établit également une différenciation selon la composition du groupe. Pour lui, dans les groupes stables et légitimes, existe un chef élu, autorité qui naît d'une volonté consciente de la majorité. Dans les groupes illégitimes ou éphémères, il s'agit davantage d'un meneur au sens strict, dont l'autorité naît d'un phénomène inconscient²¹⁹⁶. En effet, les meneurs de foule, pour SIGHELE, sont des « produits inconscients et instantanés »²¹⁹⁷ car le meneur a souvent été d'abord mené. Si cette distinction paraît intéressante, il nous semble que le meneur de foule peut toutefois également être un élu de la foule, dans la mesure où nous avons considéré que celle-ci pouvait être préparée par un ou des organisateurs. Cela étant, nous considérons, comme l'auteur, qu'elle peut également être menée par un meneur spontané, qui peut surgir à chaque instant et supplanter le meneur initial, en se distinguant de l'excitateur/perturbateur par l'étendue de son influence.

1113. ***Distinction entre meneur immédiat et meneur médiat.*** ROSSI distingue les meneurs immédiats des meneurs médiats. Les premiers agissent sur la **foule assemblée**. Ils « possèdent le mécanisme psychique le plus grand et le plus intense, mais aussi le moins durable »²¹⁹⁸. « Le meneur immédiat exagère par une correspondance sympathique de pensées et d'affections, car il est l'enfant de la foule, dont il incarne l'âme pendant un instant, et à laquelle

²¹⁹⁴P. ROSSI, id., p. 20.

²¹⁹⁵P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, op. cit., p. 20.

²¹⁹⁶S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 161 ; S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, p. 86. « Tantôt le chef est nommé par la volonté libre et consciente de ceux qui en ont le droit, et tantôt s'impose grâce à sa fascination suggestive ». Dans le premier cas, il s'agit des groupes légitimes et stables, dans les seconds, illégitimes ou instables.

²¹⁹⁷S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 254. Celui qui crie est « suivi par toute la tourbe qui, avec une crédulité aveugle et uniforme, donne satisfaction à ses sentiments de haine ou d'amour. L'homme qui a jeté ce cri n'est pas le vrai responsable : c'est l'âme mystérieuse de la foule qui l'a contraint à pousser ce cri. Le meneur est donc créé par la collectivité. Mais, dès qu'il est créé, il acquiert un tel pouvoir despotique sur ceux qui l'entourent, qu'il peut les conduire où il veut, même à des crimes et à des excès que la foule non seulement n'aurait pas voulu commettre, mais auxquels elle n'aurait pas osé penser ».

²¹⁹⁸P. ROSSI, op. cit., p. 52.

il revient pour se fondre et disparaître en elle. Ses moyens sont la parole et le geste, le truc²¹⁹⁹ et la fiction scénique, joints ou non à la suggestion mélodique ». L'auteur compte parmi les meneurs médiats les tragédiens - qui tiennent la première place -, les acteurs ou encore les orateurs. Il considère également que les meneurs criminels²²⁰⁰ sont des meneurs immédiats, au même titre que les meneurs guerriers, tel que Napoléon, qui sont des hommes d'action plus que de pensée²²⁰¹. S'il distingue ceux-ci des fanatiques et des apôtres armés d'une idée, il considère qu'« il y a chez tous une chose de commune, c'est la faculté de connaître le cœur humain pour s'en servir et **faire de chaque homme un instrument**, en éveillant en tous la bête humaine. Tandis que ce désir énorme sort chez les uns des profondeurs psychologiques de l'égoïsme - comme chez Napoléon et chez César - chez les autres, il jaillit des profondeurs du fanatisme ; bien que les uns et les autres soient des instruments in[con]scients des nécessités économiques et sociales »²²⁰². Pour SIGHELE également, les criminels peuvent avoir une influence directe sur ceux qui les entourent, « en les encourageant à les suivre avec la parole et surtout par l'exemple », et devenir ainsi des meneurs²²⁰³.

De son côté, le meneur médiate opère sur la **foule éparse**, et son « moyen de suggestion est tout différent de la parole et du geste »²²⁰⁴. Il utilise des « moyens plus aptes à faire pénétrer dans l'âme éparse de la foule, son œuvre » et « s'il agit parfois par similarité, [il] agit aussi par contraste »²²⁰⁵. Plus exactement, l'auteur considère que le public est une foule éparse, foule moderne selon lui. Dans ce sens, NIETZSCHE était un meneur médiate de foule dont la pensée a pénétré les esprits parce qu'elle s'est infiltrée lentement, aussi bien dans l'individuel que dans le public (foule éparse)²²⁰⁶. Ainsi entendus, les meneurs médiats sont « des représentatifs non de l'état de conscience présent, mais de l'état de conscience futur, qui va naître dans l'inconsciente psyché de la foule. Ils le pressentent, le composent en forme déterminée, l'élaborent et le retournent à la foule, qui en fait le nouveau but actif de l'avenir »²²⁰⁷. Ce qui

²¹⁹⁹V. P. ROSSI, id., pp. 53 et 80, qui évoque les costumes et appareils scéniques.

²²⁰⁰P. ROSSI, id., pp. 92 et 117

²²⁰¹P. ROSSI, id., p. 101.

²²⁰²P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, op. cit., p. 105.

²²⁰³S. SIGHELE, *Le crime à deux*, op. cit., p. 37.

²²⁰⁴P. ROSSI, op. cit., p. 52.

²²⁰⁵P. ROSSI, id., p. 175.

²²⁰⁶V. P. ROSSI, *Psicologia collettiva morbosa*, Bocca, 1900 (cité par P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule*, op. cit., p. 175). L'auteur explique que « de la foule réunie, on ne passe à la foule éparse, qu'au moment où seulement l'homme a pu répandre au loin ses émotions, par d'autres moyens que ceux immédiats de la parole, de la mimique et du geste. C'est seulement alors qu'on voit surgir cette forme tout à fait moderne de foule : le public qui a comme force de transmission émotive le journal, la revue, le livre : l'imprimerie en un mot ».

²²⁰⁷Pour ROSSI, la suggestion par contraste n'est possible que parce que le meneur domine la foule par ce qui l'en sépare.

expliquerait d'ailleurs, pour l'auteur, comment des meneurs ont pu dominer des foules très différentes d'eux. C'est pourquoi nous pensons qu'un meneur criminel peut être médiat, à la différence de ROSSI, notamment grâce aux développements des moyens de télécommunication et d'internet.

LE BON, quant à lui, distingue les meneurs selon **la durabilité de la force de leur volonté**. Certains ont une volonté forte mais momentanée, alors que d'autres agissent plus sur la durée. « Les premiers sont violents, braves, hardis. Ils sont utiles surtout pour diriger un coup de main, entraîner les masses malgré le danger, et transformer en héros les recrues de la veille »²²⁰⁸. Les seconds, « malgré des formes moins brillantes, [ont] une influence beaucoup plus considérable »²²⁰⁹. Tel est le cas, pour l'auteur, des fondateurs de religions ou de grandes œuvres : saint Paul, Mahomet, Christophe Colomb, Lesseps.

1114. ***Le prestige du meneur.*** Les auteurs²²¹⁰ s'accordent à dire que le meneur détient un pouvoir sur ses affiliés par son prestige, qui est « une sorte de domination qu'exerce sur notre esprit un individu, une œuvre, ou une idée »²²¹¹. « Le prestige est le plus puissant ressort de toute domination » car alors cette « domination paralyse toutes nos facultés critiques et remplit notre âme d'étonnement et de respect »²²¹².

Pour LE BON, cette qualité, indépendante de tout titre, toute autorité, est possédée seulement par quelques personnes et leur permet d'« exercer une fascination véritablement magnétique sur ceux qui les entourent, alors même qu'ils sont socialement leurs égaux et ne possèdent aucun moyen ordinaire de domination. Ils imposent leurs idées, leurs sentiments à ceux qui les entourent, et on leur obéit comme la bête féroce obéit au dompteur qu'elle pourrait si facilement dévorer »²²¹³.

L'auteur distingue deux sortes de prestige exercé par les individus²²¹⁴ : le prestige acquis

²²⁰⁸G. LE BON, *Psychologie des foules*, op. cit., p. 75.

²²⁰⁹G. LE BON, *ibid.*

²²¹⁰G. LE BON, *ibid.* ; V. également S. SIGHELE, *La foule criminelle*, op. cit., p. 25.

²²¹¹G. LE BON, op. cit., pp. 79-80.

²²¹²G. LE BON, *ibid.* ; S. SIGHELE, *Le crime à deux*, op. cit. p. 25. Ce sont des « Hommes prestigieux qui possèdent le pouvoir étrange de certains spectacles de nature ou de certains chefs-d'œuvres de l'art qui nous font tomber dans un état de contemplation muette et extatique ; hommes prestigieux qui résument et actualisent, pour ainsi dire, toute cette force potentielle de désirs vagues et confus qui gisent endormis dans la conscience de chacun, et vers lesquels nous sommes presque irrésistiblement entraînés, comme la nature vers le soleil qui lui donne la chaleur et la lumière ».

²²¹³G. LE BON, op. cit., p. 81.

²²¹⁴G. LE BON, op. cit., p. 80. L'auteur conçoit également, au côté du prestige exercé par les individus, le prestige exercé par les opinions, les œuvres littéraires ou artistiques, etc. « Les foules toujours, les individus le plus souvent, ont besoin, sur tous les sujets, d'opinions toutes faites. Le succès de ces opinions est indépendant de la part de vérité ou d'erreur qu'elles contiennent ; il dépend uniquement de leur prestige ».

et le prestige personnel. Le premier, le plus répandu, est « celui que donnent le nom, la fortune, la réputation »²²¹⁵, tels un diplomate, un militaire en uniforme ou encore un magistrat en robe rouge. Ce prestige acquis peut être indépendant du prestige personnel qui est au contraire « quelque chose d'individuel qui peut coexister avec la réputation, la gloire, la fortune, ou être renforcé par elles, mais qui peut parfaitement exister sans elles »²²¹⁶. L'auteur admet toutefois que « le prestige ne se fonde pas uniquement sur l'ascendant personnel, la gloire militaire et la terreur religieuse ; il peut avoir des origines plus modestes, et cependant être considérable encore »²²¹⁷. Pour SIGHELE, « l'autorité et le prestige d'une personne sur les individus qui l'entourent seront en rapport direct avec l'enthousiasme et avec la foi active que cette personne met au service des idées qu'elle veut répandre ou du but qu'elle veut atteindre »²²¹⁸.

Par ailleurs, le prestige ne doit pas être discutable. Si le succès disparaît, le prestige s'éteindra également. Selon LE BON, « le héros, que la foule acclamait la veille, est conspué par elle le lendemain si l'insuccès l'a frappé. La réaction sera même d'autant plus vive que le prestige aura été plus grand. La foule considère alors le héros tombé comme un égal, et se venge de s'être inclinée devant la supériorité qu'elle ne lui reconnaît plus »²²¹⁹. C'est donc bien dans un rapport de verticalité que le meneur mène ses affiliés, impressionnés par son prestige.

Pour SIGHELE, et à propos des groupes restreints, « c'est dans les associations de malfaiteurs que l'on voit plus clairement et plus directement les conséquences terribles de l'étrange prestige que certains criminels exercent sur la masse des autres. Dans les bandes de voleurs ou d'assassins, le chef est aveuglément obéi comme un général par ses soldats ou comme un maître par ses élèves, et il est obéi non seulement à cause de la terreur qu'il inspire, mais aussi et surtout à cause de sa force de suggestion et parce qu'il possède des facultés qui en imposent aux autres »²²²⁰.

Bien plus, l'auteur souligne le désir des membres du groupe d'imiter le criminel prestigieux. Ce désir n'est pas nécessairement immédiat, bien au contraire. « Au commencement, ils ont pour lui une répulsion instinctive ; mais lentement corrompus par des promesses ou par l'intimidation, ils deviennent en peu de temps ce qu'on veut qu'ils deviennent »²²²¹.

²²¹⁵G. LE BON, id., pp. 79-80.

²²¹⁶G. LE BON, ibid.

²²¹⁷G. LE BON, id., p. 83.

²²¹⁸S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, op. cit., p. 88.

²²¹⁹G. LE BON, op. cit., p. 84.

²²²⁰S. SIGHELE, *Le crime à deux*, p. 35.

²²²¹S. SIGHELE, op. cit., p. 38.

Le prestige semble donc renvoyer à une certaine fascination qui justifie l'autorité de droit ou de fait que le meneur exerce sur les menés. Le premier a de l'ascendance sur les seconds, c'est-à-dire qu'il détient un pouvoir sur eux dont il va se servir pour se faire obéir ou s'imposer comme modèle ou donneur de modèle.

1115. ***Pour conclure sur l'ascendant et le prestige du meneur.*** Nous retiendrons de ces différents propos que dans les relations humaines, les individus sont enclins à se subordonner, consciemment ou inconsciemment, à un meneur, que celui-ci soit un suggesteur, un chef élu ou un meneur proprement dit, suivant l'importance de l'« entité » menée (individu, groupe ou foule). La relation verticale entre meneur et menés favorise alors l'imitation du premier par les seconds, en s'étayant sur la fascination qu'il exerce sur eux et qui diminue leurs facultés de discernement en lui conférant un pouvoir d'autorité.

Les moyens d'influence du meneur varient selon que le groupe des menés est rassemblé ou épars. Plus exactement, les auteurs font la distinction entre celui qui **s'adresse à un groupe déterminé et celui qui s'adresse à un groupe indéterminé, c'est-à-dire au public**. Par ailleurs, le meneur aura une influence plus importante, durable ou momentanée, selon la puissance de sa volonté et sa force de persuasion. Son autorité, de droit ou de fait, dépendra de son prestige auprès de ses affiliés, dont il pourra user pour les suggestionner.

Paragraphe 2. L'action suggestive du meneur

1116. Pour TARDE, « il y a plusieurs manières d'être meneur, d'être suggestif, impressionnant »²²²². Et il est possible de l'être autour de soi comme à distance.

1117. ***Une volonté de suggérer l'action du groupe.*** Nous avons déjà évoqué la suggestion qu'exerce le meneur sur la foule. En effet, son rôle est de donner l'impulsion non pas tant à la formation qu'aux actes de la foule, par la propagation de l'idée d'une action à suivre ensemble. Le meneur est en quelque sorte un provocateur des actes du groupe qu'il domine. Il joue un rôle considérable puisque « sa volonté est le noyau autour duquel se forment et s'identifient les opinions »²²²³. Tous les hommes subissent, par la force de la suggestion, le

²²²²G. TARDE, *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 96. Il en est de même du rapport qui s'établit entre les journalistes et leurs lecteurs, entre un poète, un artiste, et ses admirateurs qui ne le connaissent pas, entre un Karl Marx, sibyllin, et des milliers de socialistes ou d'anarchistes qui l'ont épelé.

²²²³S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, op. cit., p. 73.

prestige du meilleur d'entre eux et l'autorité de ce dernier naît de la suggestion instinctive des autres. Ce phénomène est parfois inconscient, mais la suggestion peut devenir consciemment voulue.

La suggestion par le meneur consiste à faire « pénétrer des idées et des sentiments normaux, dans un cerveau sain, destiné à les accueillir ». Pour ROSSI, « il y a, donc, une borne qui ne peut pas être dépassée par ce pouvoir suggestif, sans que le sujet se révolte. D'un autre côté, le sentiment, ou l'idée reçue, ne demeurent pas dominants dans le champ de la conscience, mais ils s'encadrent avec d'autres produits mentaux qui préexistent, de manière à ne pas déterminer une personnalité nouvelle en celui qui subit la suggestion. Cette forme de suggestion n'est pas moins vraie chez l'individu que chez la foule, qui reçoit ainsi une idée saine et s'en sature »²²²⁴. ROSSI est radical : pour lui, « on arrive jusqu'à l'anéantissement complet de la conscience et à l'automatisme »²²²⁵.

Nous avons vu que la suggestion ne détruisait pas nécessairement le libre arbitre du suggestionné, même dans une foule. Cela étant, ce raisonnement s'appliquait pour la relation horizontale entre menés/excitateurs. S'agissant du rapport de verticalité qui peut exister entre meneur et menés, la question de l'altération de la liberté demeure toute entière, la suggestion créée par le meneur étant plus intense que celle des excitateurs et plus intense selon la composition du groupe.

1118. ***Suggestion individuelle et suggestion collective.*** ROSSI fait la distinction entre la suggestion individuelle – créée par un seul meneur - et la suggestion collective – créée **dans** foule²²²⁶. La dernière est plus complexe que la première du fait de la quantité d'individus menés. Pour lui, « le pouvoir de suggestion entre la foule et le meneur est continu et **réci-proque** », « dans la foule, par la particulière activité psychique, la vie émotionnelle ²²²⁷ s'élève considérablement et **les auto-suggestions** y sont fréquentes »²²²⁸. En revanche, la suggestion individuelle est un phénomène différent car l'accroissement quantitatif de psychés à influencer par un seul et de circonstances se change en un fait qualitatif nouveau.

SIGHELE, qui différencie le chef élu des groupes stables et légitimes et le meneur des groupes illégitimes et éphémères, considère qu'un chef de bureau aura une autorité inférieure à

²²²⁴P. ROSSI, *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, op. cit., p. 43.

²²²⁵P. ROSSI, id., p. 44.

²²²⁶P. ROSSI, id., p. 20.

²²²⁷Terme de l'auteur.

²²²⁸P. ROSSI, op. cit., p. 19.

celle d'un chef de secte sur ses affiliés ou celle d'un meneur pour des raisons personnelles et des raisons collectives : ces raisons « proviennent des facultés intrinsèques du chef, du meneur, ou des facultés intrinsèques du groupe humain sur lequel ce chef agit »²²²⁹. Selon l'auteur, « le milieu sur lequel agit le meneur est bien différent de celui sur lequel agit, en général, le chef d'association légitime »²²³⁰. Et ce dernier est souvent plus cultivé. Par ailleurs, « la fascination personnelle a [...] moins de prise sur [les membres d'une association légitime] ; chez eux les centres d'inhibition sont plus actifs » et ils savent plus ou moins qui ils sont. Il y a, pour SIGHELE, deux ordres de facteurs qui expliquent pourquoi un meneur a sur ceux qui l'entourent une influence supérieure à celle du chef légitime, d'une association ou d'une corporation : en premier lieu sa foi énergique et active ; en second lieu, la faiblesse de volonté de ceux qui composent le milieu sur lequel il agit²²³¹. Car la suggestion deviendra, pour le meneur, une « force active », « sa vocation »²²³². Il sacrifie tout le reste, sa famille, son intérêt personnel. « La seule récompense qu'il demande souvent c'est de devenir un martyr »²²³³.

1119. ***Les procédés de suggestion dans la relation verticale.*** Lorsqu'il s'agit de déterminer une foule à commettre un acte quelconque, il faut, selon LE BON, « agir sur elle par des suggestions rapides, dont la plus énergique est encore l'exemple »²²³⁴. Pour lui, on peut compter trois procédés aux mains des meneurs : l'affirmation, la répétition et la contagion. Si l'auteur expose ces procédés pour la foule, elle vaut, d'après nous, également pour le groupe restreint.

- ***L'affirmation.*** Logiquement, pour que le pouvoir de suggestion du meneur soit efficace, celui-ci doit d'abord affirmer l'objet à suivre – idée, cause, sentiment, etc. Par exemple, « les livres religieux et les codes de tous les âges ont toujours procédé par simple affirmation. Les hommes d'État appelés à défendre une cause politique quelconque, les industriels propageant leurs produits par l'annonce, savent la valeur de l'affirmation »²²³⁵.

- ***La répétition.*** Cette dernière n'a d'influence réelle qu'« à la condition d'être

²²²⁹S. SIGHELE, *Psychologie des sectes*, op. cit., p. 87.

²²³⁰S. SIGHELE, id., p. 92.

²²³¹S. SIGHELE, id., p. 93.

²²³²S. SIGHELE, id., p. 89.

²²³³S. SIGHELE, id., p. 90.

²²³⁴G. LE BON, op. cit., p. 76.

²²³⁵Exemple donné par LE BON, ibid.

constamment répétée, et le plus possible, dans les mêmes termes »²²³⁶. Seule cette répétition permet aux esprits d'une part, d'établir l'affirmation comme donnée et d'autre part, de l'accepter²²³⁷. Car la chose répétée s'incruste dans les « régions profondes de l'inconscient où s'élaborent les motifs de nos actions. Au bout de quelque temps, nous ne savons plus quel est l'auteur de l'assertion répétée, et nous finissons par y croire »²²³⁸. « Lorsqu'une affirmation a été suffisamment répétée, et qu'il y a unanimité dans la répétition, [...], il se forme ce qu'on appelle un courant d'opinion et le puissant mécanisme de la contagion intervient »²²³⁹.

- **La contagion.** Cette contagion vaut davantage pour la multitude que pour un nombre plus restreint d'individus et nous l'avons rencontrée en étudiant les phénomènes de foule. Telle une épidémie, l'affirmation du meneur va se propager d'esprits en esprits, à distance ou en un lieu unique. Pour LE BON, « la contagion est si puissante qu'elle impose aux individus non seulement certaines opinions mais encore certaines façons de sentir »²²⁴⁰. Pour lui, approuvé par SIGHELE, « ce qui contribue surtout à donner aux idées propagées par l'affirmation, la répétition et la contagion, une puissance très grande, c'est qu'elles finissent par acquérir le pouvoir mystérieux nommé prestige »²²⁴¹. L'objet de la suggestion peut d'ailleurs être déformé de groupe en groupe, de foule en foule. En effet, « cette idée supérieure, les meneurs subjugués par elle s'en emparent, la déforment et créent une secte qui la déforme de nouveau, puis la répand dans le sein des foules qui continuent à la déformer de plus en plus »²²⁴². Aussi, cette déformation de l'idée renvoie à l'obligation d'une certaine adaptation du meneur, notamment parce qu'il subit lui-même en retour la suggestion des menés. L'idée suggestionnée doit être adaptée pour mieux être reçue.

Ainsi par différents procédés de suggestion, le meneur impose ses représentations aux menés et les attirent vers des agissements mimétiques, d'abord en référence à lui-même puis en référence les uns les autres. C'est bien pourquoi l'imitation verticale est plurilatérale : issue de plusieurs volontés, elle peut devenir réciproque - le meneur s'adaptant aux menés – et peut susciter des imitations horizontales - le provocateur incitant les individus à se comporter en référence les uns aux autres. Et s'observent alors des imitations horizontales en cascade. Ainsi,

²²³⁶G. LE BON, op. cit., p. 76.

²²³⁷G. LE BON, ibid. « On comprend bien l'influence de la répétition sur les foules, en voyant à quel point elle est puissante sur les esprits les plus éclairés ».

²²³⁸G. LE BON, id., p. 77.

²²³⁹G. LE BON, ibid.

²²⁴⁰G. LE BON, id., p. 78.

²²⁴¹G. LE BON, id., p. 79.

²²⁴²Ibid.

au-delà d'observer dans le groupe une relation marquée par la verticalité, nous avons vu que pouvait également s'y observer des agirs mimétiques horizontaux.

1120. *La suggestion réciproque du provocateur par les menés.* En retour de la provocation, telles des ondes, le groupe suggestionne son meneur : les « ondes » vont du meneur à la foule, ou au groupe, et inversement²²⁴³. Si ROSSI considère que le « suggesteur » ne subit pas la communication des mouvements, nous avons vu pourtant que tel est bien le cas dans le groupe restreint. D'après nous, la suggestion en retour du suggesteur est certes peut-être moins dynamique que celle du meneur dans une foule, mais elle existe inévitablement. Pour TARDE, « dans tous les couples, quels qu'ils soient, se retrouve plus ou moins apparente ou effacée, la distinction du suggestionneur et du suggestionné. Mais à mesure que l'association s'accroît par l'adjonction de néophytes successifs, cette distinction ne cesse pas de se produire : ce pluriel, au fond, n'est jamais qu'un grand duel, et, si nombreuse que soit une corporation ou une foule, elle est une sorte de couple aussi, où tantôt chacun est suggestionné par l'ensemble de tous les autres – suggestionneur collectif y compris le meneur dominant – tantôt le groupe entier par celui-ci »²²⁴⁴.

1121. *L'effet de la suggestion sur la pluralité ou la multitude.* En définitive, les procédés de suggestion mis en œuvre dans la relation verticale ne diffèrent pas tant selon la composition du groupe. En revanche, leurs effets sur les « menés-provoqués » diffèrent **selon que le groupe est restreint ou plus conséquent**. Dans la foule en effet, l'action des meneurs est plus éphémère, car ils sont temporaires et simultanés la plupart du temps. Par ailleurs, il faut noter que le mené n'est pas cantonné dans un rôle passif. En effet, peut s'observer dans le groupe une interchangeabilité des rôles, la suggestion pouvant se communiquer entre provocateur et provoqué(s).

Étudier le procédé par lequel un meneur parvient à provoquer un ou des menés à agir selon les suggestions qu'il leur « souffle », nous conduit donc à considérer que le provocateur d'actions peut déclencher un phénomène beaucoup plus complexe que la simple proposition d'un modèle. C'est pourquoi, en utilisant les notions déjà acquises du concept d'imitation, nous pouvons maintenant proposer une description d'un processus d'imitation plurilatérale verticale,

²²⁴³P. ROSSI, op. cit., p. 160. « Toutes les conditions prédisposantes et déterminantes de l'hypnose et de la suggestion à l'état de veille, se centuplent au contact de la foule et font place à des phénomènes quantitativement plus grands et qualitativement différents ».

²²⁴⁴G. TARDE, *Essais et mélanges sociologiques*, Lyon : Stock, 1895, p. 46.

en distinguant les rôles de chacun des protagonistes et en précisant les relations d'influence entre provocateur et provoqués à l'agir mimétique.

II. La mise en actes d'une imitation plurilatérale verticale ou imitation(s) provoquée(s)

1122. *Mimésis horizontale et mimésis verticale.* Nous avons mis en évidence en étudiant l'imitation plurilatérale horizontale les trois caractéristiques d'une mimésis sociale horizontale agie par des individus non liés entre eux par des liens de hiérarchie : 1) une **représentation commune** de l'activité du groupement, 2) un **agissement intentionnel et partagé en se référant à l'autre de façon complémentaire et équivalente** et 3) une **coopération mutuelle dans l'action**. Or, lorsqu'on tente de conceptualiser l'imitation verticale entre deux individus, l'existence d'une domination, d'un ascendant de l'un des protagonistes sur l'autre ne permet pas d'appliquer ces critères point à point. En effet nous venons de voir que si les actants d'un agir mimétique vertical partagent une même représentation, c'est parce le meneur provocateur l'aura suggérée comme modèle d'agissement au provoqué. Ensuite, que ce provocateur participe ou non à la scène d'agir mimétique, le provoqué agira intentionnellement en se référant non spécifiquement au meneur mais au modèle. Et dans le cas où le meneur se serait donné en exemple, son rôle ne serait certes pas équivalent à celui du provoqué. Enfin, on ne peut pas, strictement parler d'une coopération mutuelle en vue de l'obtention d'un résultat car c'est le provoqué seul qui, du moins au commencement de l'agir mimétique vertical, tente de reproduire le modèle.

En ce sens, **l'imitation plurilatérale verticale évoque une imitation unilatérale dans laquelle le modèle aurait été fourni intentionnellement par un tiers**. Car on pourra retrouver chez l'imitateur tous les critères qui la caractérise, à savoir une **représentation**, un **acte intentionnel de reproduction** et une **apparence que la représentation de l'agir mimétique a été créée, c'est-à-dire élaborée, par l'imitateur lui-même**. L'imitation plurilatérale verticale peut rapidement devenir plus complexe. Car d'une part, le meneur, s'il veut être suivi, devra éventuellement s'adapter au(x) mené(s) ce qui le conduira à reproduire lui-même certaines de leurs caractéristiques, et l'imitation pourra alors, dans une certaine mesure, être réciproque. D'autre part, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la poursuite d'une action commune par une pluralité de menés favorise des imitations horizontales par contagion (dont les auteurs soulignent qu'elle est bien un procédé sur lequel s'appuie le meneur).

De sorte que lorsque l'on conçoit l'imitation verticale dans sa mise en œuvre instantanée, elle commence bien par une suggestion du meneur portant sur un modèle (Paragraphe 1), en référence duquel un ou des menés sont susceptibles d'agir mimétiquement (Paragraphe 2). Lorsqu'on l'envisage comme un processus qui admet une certaine durabilité, l'imitation verticale est à considérer comme un déclencheur potentiel d'imitations horizontales en cascade.

Paragraphe 1. La création et la communication d'une représentation par le meneur/provocateur

1123. *La représentation créée par le « meneur-provocateur ».* Parce qu'il est déterminé à orienter les actions des individus qu'il domine par son prestige, le meneur est celui qui suggère, par sa force persuasive, les idées, les conduites et les comportements à suivre par un seul ou l'ensemble d'un groupe. Dans ce sens, il est le créateur d'une représentation qu'il communique aux menés pour les entraîner à agir selon cette représentation, c'est-à-dire en référence à ce modèle.

A la différence d'un simple excitateur, le « meneur-provocateur » démontre une détermination bien particulière : celle de communiquer la représentation d'une image mentale – licite, immorale voire illicite -, autrement dit de la rendre « commune » en soufflant l'action à suivre. Il n'a pas nécessairement la volonté immédiate de provoquer des comportements d'imitation, mais bien celle que sa représentation soit reçue (car communiquée) et susceptible d'être suivie par d'autres.

1124. *Le contenu de la représentation créée par le « meneur-provocateur ».* La représentation créée par le provocateur peut évoquer différentes images mentales selon le but recherché. Ces images peuvent correspondre à un comportement²²⁴⁵, un résultat²²⁴⁶, une idée²²⁴⁷, un principe, etc. Elles passent de son esprit à celui des menés selon leur propre interprétation de la représentation c'est-à-dire que chacun d'entre eux va se représenter mentalement ce qui a été dit, montré, suggéré. De cette façon, le « meneur-provocateur » élabore des représentations qui peuvent renvoyer à des « choses » incorporelles – une idée - ou à des actions mettant en

²²⁴⁵Le « meneur-provocateur » peut suggérer de tuer un individu ou de ne pas s'emporter.

²²⁴⁶Le « meneur-provocateur » peut suggérer par ses propos de voir des individus agressés ou libérés.

²²⁴⁷Le « meneur-provocateur » peut se contenter de crier « Liberté », ce qui suggère des actions mais dans un arrière plan plus lointain que s'il évoquait un comportement ou un résultat (tel que « il faut libérer » ou « la liberté doit mener notre action »).

scène un ou des personnages - personnes fictives – ou bien une ou des personnes – personnes réelles, vivantes ou non. Il peut par ailleurs, s'être intégré dans la représentation d'une action à suivre. Tel est le cas si le meneur invite par exemple le mené ou le groupe de menés à faire « comme lui ». Et la représentation suggérée peut être contestable lorsqu'elle trouve pour objet quelque chose d'illicite, d'immoral voire de dangereux.

1125. ***La communication de la représentation créée par le « meneur-provocateur ».*** Les moyens de communication de la représentation témoigneront de l'intensité de la force suggestive du meneur. Tous les modes d'expression lui sont permis : la parole, le geste, le recours à des images, des films, des chants, des écrits, etc. et le meilleur d'entre eux, l'exemple, lorsque le meneur se donne lui-même comme modèle à suivre. C'est sa manière de communiquer qui garantira sa fonction de provocateur d'actions : l'affirmation et la répétition des gestes et des propos, les promesses voire les intimidations, la puissance d'évocation et la force persuasive lui permettront d'asseoir son prestige et de fasciner les menés au point que beaucoup d'entre eux seront prêts à le suivre.

Paragraphe 2. La réaction du mené/provoqué : vers un agir mimétique vertical et réciproque

1126. ***La relativité de la suggestion.*** Nous avons déjà vu dans la foule que tous les individus ne sont pas prêts à se laisser suggestionnés. Cela peut tenir à des circonstances particulières qui feront qu'ils seront plus ou moins exposés à la provocation – la proximité d'un meneur immédiat ou, au contraire, la distance d'un provocateur médiat, la brièveté ou la répétition de la provocation, etc... Ou bien, comme le souligne SIGHELE, cela peut dépendre des « facultés intrinsèques » du provoqué, la faiblesse ou au contraire la résistance de ses capacités de discernement et de contrôle social. Il se peut aussi que l'individu adhère en toute conscience à la représentation suggérée parce qu'elle correspond déjà chez lui à une tendance.

1127. ***L'absence possible d'effet de la provocation.*** Il est tout à fait envisageable que le meneur ne réussisse pas à faire agir l'image qu'il aura suggérée. Ce qui supposerait que la provocation à l'action n'existe que si elle trouve en retour un acte provoqué. Restreindre la provocation à son résultat serait négliger sa potentialité suggestive. En effet, ce n'est pas son effet qui constitue la provocation. Et ce qu'elle n'a pas réussi ici et maintenant, elle pourra le réaliser ailleurs.

1128. *L'effet recherché de la provocation : un agissement de la représentation communiquée.* Lorsque la représentation est accueillie « positivement », en revanche, le ou les menés se l'approprient pour la suivre et agir en référence à elle. Deux situations distinctes sont alors envisageables dans la relation verticale du groupe (qui, rappelons-le, peut n'être composé que d'une paire meneur/mené).

1129. *Un agir mimétique et une imitation plurilatérale verticale.* Premièrement, un individu peut faire sienne la représentation créée par le provocateur et avoir la volonté d'agir l'image mentale. S'il agit seul cette dernière, il se réfère au « meneur-provocateur » (puisque'il agit la représentation créée par ce dernier). Toutefois, il n'opère ni de façon complémentaire ni de façon équivalente à l'agissement du provocateur. Dans cette mesure, on ne saurait les intégrer tous les deux dans une mimésis sociale horizontale, telle que nous l'avons étudiée, l'agissement n'étant pas celui d'un agir mimétique entre pairs. En revanche, on peut les considérer agissant dans une mimésis sociale différente, au sens que M. le Professeur Christoph WULF le conçoit dans les situations d'éducation ou d'apprentissage : une **mimésis sociale verticale**. Le provocateur crée et communique la représentation d'une image mentale qui est reçue et prise par un individu comme modèle. Celui-ci alors reproduit des comportements qui lui ont été soufflés selon la représentation qu'il s'en fait. Si en apparence, l'imitation paraît unilatérale, elle est avant tout une **imitation plurilatérale car sous-tendue par deux volontés individuelles**. Le provoqué reçoit d'un autre un modèle d'action, se le représente, a l'intention de le reproduire et le reproduit parfaitement ou imparfaitement dans ses agissements mimétiques. En apparence, il est le seul à l'origine du ou des comportements réalisés, or cette apparence ne correspond pas à la réalité des faits. On peut considérer alors que l'imitation verticale est réussie puisque l'effet attendu d'une imitation est qu'elle produise une confusion entre le modèle et le mime. C'est bien le cas dans une situation d'apprentissage, où le talent du maître se mesure à sa capacité d'élever son élève à son niveau de connaissance (voir à le dépasser). Ce sera plus discutable dans une situation de provocation illicite à des actes illicites, où l'instigateur d'un crime peut demeurer caché, masqué derrière le criminel « effectif ».

1130. *Un agir mimétique vertical et réciproque.* Deuxièmement, il est possible que le « meneur-provocateur » se soit intégré dans l'image mentale communiquée. Plus exactement, il peut avoir l'intention non seulement de communiquer une représentation mais également d'accompagner le provoqué dans l'action. S'ils agissent tous les deux, la référence du mené au

meneur deviendra rapidement une **référence réciproque**, de l'un par rapport à l'autre. On peut alors considérer qu'ils participent à une scène de mimésis sociale où la même détermination, l'entente, la coopération et les agissements équivalents relèvent davantage d'un rapport mimétique horizontal, et éventuellement d'une imitation comportementale. Dans une situation infractionnelle par exemple, la scène revêtira les caractéristiques de la coaction. Dans ce cas, après avoir provoqué l'action de l'entité groupale, le meneur (re)devient un parmi les autres. Et il est d'autant plus imperceptible et indistinguable des menés.

Paragraphe 3. La contagion de la provocation : vers des agirs mimétiques horizontaux

1131. *La communication d'un modèle à une pluralité ou multitude.* Le « meneur-provocateur » peut avoir communiqué la représentation d'une image mentale, non pas à une seule personne, mais à un groupe, voire un public. Dans une telle situation, se succéderont et/ou se juxtaposeront plusieurs **agirs mimétiques verticaux, en référence au modèle insufflé**, immédiatement ou médiatement. Pourront alors s'observer, **par contagion**, des **agirs mimétiques horizontaux**, si les menés s'entendent et coopèrent en ce sens. La contagion est bien un procédé sur lequel compte le meneur pour diffuser et imposer ses représentations car il connaît instinctivement l'effet facilitateur du groupe par imitation mutuelle²²⁴⁸. Les « menés-provoqués » agiront alors l'image mentale non plus tant en référence au provocateur, mais en référence les uns par rapport aux autres, dans un rapport de complémentarité et d'équivalence. La provocation aura atteint pleinement ses effets, avec la possibilité d'introduire quelques innovations au résultat de l'imitation comportementale, et dépassant parfois l'intention première du meneur.

1132. *Une homogénéisation de la pluralité ou de la multitude.* Le « meneur-provocateur » détient une capacité à homogénéiser un groupe en provoquant une contagion mimétique, dans la mesure où les menés vont se conformer à l'image mentale suggérée pour l'agir ensuite entre eux. C'est pourquoi il peut, s'il a une force persuasive suffisante, mener une foule entière et être à lui seul générateur de mouvements de foule. Et s'il a des intentions antisociales, il a le pouvoir de déclencher des phénomènes d'une telle ampleur que l'on parlera de crimes dans la foule, où l'entente et la coopération mutuelle seront mises au service de ses desseins criminels.

²²⁴⁸Pour une explication de la facilitation, V. *supra* n° 865 et s.

Lorsque la provocation du suggestionneur s'étend à plus d'un individu, elle ne se limite donc pas à la mise en œuvre d'une imitation verticale mais utilise la mimésis sociale pour multiplier ses effets. La mimésis sociale s'étend notamment lorsque les individus sont en interactions les uns avec les autres. Elle peut également s'exprimer entre des individus sans contacts physiques, plus largement compris comme le « public ». Il s'agit alors d'une mimésis sociale à grande échelle, à dimension publique. Il paraît dans ce cas peu convenable de parler véritablement de coopération mutuelle, du moins directe. Cette particularité ne disqualifie pas l'agir mimétique entre des individus épars. En effet, ceux-ci restent toujours liés par une même représentation, créée par un meneur-provocateur, et une même détermination, suivre cette représentation²²⁴⁹. Et par le développement des moyens de communication virtuelle et notamment des réseaux sociaux, les individualités composant un public ont maintenant la possibilité d'agir, certes, séparément, mais en référence les uns par rapport aux autres, voire de coopérer indirectement, par exemple pour installer un certain « climat social ». Celui-ci peut être positif, s'il s'agit de provoquer et de diffuser, par exemple, des actions d'entraide ou de solidarité. On peut comprendre qu'une diffusion médiata, à grande échelle, par un « meneur de public » puisse également viser à provoquer des actes immoraux, répréhensibles, pour installer un climat cette fois tourné vers la discrimination par exemple²²⁵⁰.

1133. *L'agir mimétique entre personnes réunies ou éparses.* Ainsi faut-il admettre qu'un individu meneur, en créant une représentation d'une image mentale dans l'esprit d'autres individus, peut entraîner un agir mimétique entre des personnes réunies comme entre des personnes éparses. Dans le premier cas, les menés coopéreront vers une même détermination, en agissant mimétiquement en coaction, éventuellement par imitation comportementale. Dans le second cas, ils agiront sans interaction, sans coopération directe mais en référence les uns par rapport aux autres, en fonction d'une même représentation communément partagée et d'une même détermination.

1134. *Pour conclure sur le processus d'imitation plurilatérale verticale.* La provocation à l'action d'un meneur consiste à créer une représentation et de la communiquer

²²⁴⁹Cela étant établi, on peut admettre qu'aujourd'hui, notamment avec les moyens de communication, il semble peu probable que l'on ne soit pas dans des agirs mimétiques sans coopération. Toutefois, en cas de commission d'infractions, une telle donnée méritera d'être précisée pour l'engagement de la responsabilité pénale. V. *infra* n° 1226 et s.

²²⁵⁰L'actualité de ces dernières années évoque bien l'idée de telles provocations pour installer un climat partagé par une partie de la population.

selon une détermination bien particulière : la volonté de « rendre commune » une image mentale susceptible d'être suivie. Celle-ci est alors reçue par un ou plusieurs individus qui auront ou non la détermination d'agir la représentation créée par le provocateur. Cet agissement suppose en effet une volonté libre, sinon on ne saurait parler de détermination commune. Deux situations sont alors envisageables suivant le contenu de la représentation suggérée :

- Soit le meneur-provocateur se contente de suggérer un modèle d'action à suivre sans s'y inclure lui-même, c'est-à-dire sans agir avec le ou les menés. Dans ce cas, il ne fera pas partie des actants de la mimésis sociale qu'il a déclenchée, bien que celle-ci reste imprégnée de l'influence exercée par son prestige et de sa domination sur les menés (relation verticale). C'est pourquoi il demeure responsable moralement de l'action du mené ou du groupe de menés. Si le mené, actant de la mimésis agit seul, on peut parler d'un **agir mimétique vertical - et plus exactement d'une imitation comportementale - en apparence unilatérale, mais déterminée par deux volontés**. A l'examen du résultat de cette imitation, le meneur-provocateur reste caché, masqué par l'imitateur qui paraît seul responsable de ces actes, à moins de prouver que la représentation de l'image mentale agie a été créée et suggérée par un autre. Ce qui se produit également lorsque plusieurs menés agissent ensemble, en ajoutant de l'imitation horizontale à l'imitation verticale, alors que leur meneur reste dans l'ombre.

- Soit le meneur-provocateur suggère l'action et agit en même temps que le ou les provoqués. Dans ce cas, il participe activement à la mimésis sociale, en référence aux autres et de manière complémentaire et équivalente dans l'action. Le provocateur, s'il est au départ le responsable moral de l'agir mimétique, devient l'un des auteurs matériels de l'action du groupe²²⁵¹. L'imitation plurilatérale verticale se transforme en imitation horizontale car le meneur peut être à son tour suggestionné par les autres.

L'imitation verticale réciproque. Si l'on peut assimiler l'imitation verticale à une imitation par provocation d'action, où le mime reproduit le modèle fourni par un autre, il faut bien admettre qu'elle est plurilatérale à plusieurs titres. Car issue de plusieurs volontés individuelles, l'imitation verticale du modèle par le mime peut devenir « réciproque », au sens de TARDE qui soulignait que le modèle ou donneur de modèles peut, à terme, « emprunter au » et imiter le mime²²⁵². Elle est également la porte ouverte à des imitations plurilatérales

²²⁵¹ Au sens que le droit donne au terme « auteur », à la différence qu'il peut s'agir dans notre démonstration d'une action commune licite ou illicite.

²²⁵² G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Réimpression, Paris : Editions Kimé, 1993, p. 363 et s. (chapitre VIII). L'auteur montre qu'une civilisation qui s'impose en modèle à une autre finit, sur la durée, par intégrer elle-même des éléments de la civilisation dominée, par mimétisme.

horizontales, par références mutuelles des imitations verticales de plusieurs mimes, qui se suggestionnent par contagion. En ce sens, si l'imitation est une expression comportementale d'un agir mimétique, ses composantes corporelles la rendent apte à renforcer voire à favoriser l'expansion du mimétisme lorsque, de reproduction ou représentation d'un modèle, elle devient elle-même un modèle à imiter.

L'imitation verticale appelle donc des imitations « en cascade » qui peuvent produire des reproductions imparfaites, par ajout ou soustraction, qui seront parfois considérées comme des innovations. La suggestion pouvant être aussi communiquée à un public épars, la coopération est parfois indirecte ou inexistante entre les menés provoqués, laissant place à des interprétations plus individuelles de la représentation-modèle.

1135. Cette définition de l'imitation plurilatérale verticale dont nous venons de voir qu'elle est un processus qui peut être extrêmement complexe semble, si on la considère dans un contexte illicite, pouvoir renvoyer à la notion juridique de provocation dont il conviendra d'identifier celles qui peuvent conduire à des comportements d'imitation. Elle pose également la question des responsabilités respectives du provocateur et du provoqué puisque nous venons de voir qu'une imitation plurilatérale verticale comprend à la fois une volonté du provocateur de communiquer une représentation et une autre volonté de mimer ou imiter cette représentation.

SECTION II : LA PROVOCATION A L'IMITATION EN DROIT PENAL

1136. ***Rappel de la prise en compte en droit pénal de la mimésis horizontale.*** Nous avons vu dans les chapitres précédents que le droit pénal ne méconnaît pas la mimésis sociale à l'œuvre dans certaines infractions impliquant une pluralité ou une multitude d'individus. Certaines sanctions témoignent ainsi de la prise en compte des caractéristiques d'un agir mimétique « horizontal » entre des individus agissant illicitement en coaction ou entraînés par contagion d'un acte excitateur à commettre des infractions dans une foule. L'imitation plurilatérale illicite s'inscrit alors dans un lien symétrique entre les agents de l'infraction qui a pour conséquence d'établir une équivalence des responsabilités au regard du résultat infractionnel.

1137. ***Le provocateur en droit pénal.*** Si les individus sont liés entre eux par un rapport vertical, établissant un lien de domination de l'un (ou les uns) sur l'autre (ou les autres), nous

venons de voir qu'il est possible de concevoir un agir mimétique où, certes les deux volontés participent au processus d'imitation, mais où l'incitation à l'imitation émane de celui qui se trouve en position « haute ». Et l'apport théorique de certains auteurs sur les notions de meneur/menés nous a permis d'établir que non seulement le premier bénéficie d'une certaine fascination inhérente à son prestige sur les autres mais qu'il s'en sert pour conduire ces derniers à adopter des comportements dont il constitue le modèle ou bien qu'il a fourni comme modèle.

Lorsque les comportements imités sont illicites, le rôle du meneur d'action nous semble pouvoir être assimilé à celui d'un provocateur, au sens cette fois que donne le Droit pénal à la notion juridique de provocation. Du latin *provocare*, un auteur décrit la provocation comme « une action qui consiste dans le fait d'inciter autrui à faire ou à ne pas faire quelque chose, et le provocateur comme l'individu qui, par le geste, la parole, l'écrit, l'attitude, appelle à agir ou à s'abstenir, guide, incite, excite et contribue ainsi à l'adoption d'une certaine conduite par une ou plusieurs personnes »²²⁵³. Dans le champ pénal, la provocation s'applique aux actes qui incitent un tiers à commettre un acte illicite, immoral ou dangereux.

1138. ***Provocation avec imitation et provocation sans imitation.*** Toute provocation répréhensible ne peut être assimilée à une provocation à l'imitation car toutes ne correspondent pas à la fois à la création d'une représentation-modèle et à la détermination de la communiquer, avec la volonté de la partager. Par ailleurs, toutes les réponses à une provocation ne semblent pas non plus renvoyer à une volonté d'agir l'image mentale soufflée c'est-à-dire à reproduire, imiter les comportements suggérés par le provocateur.

1139. Pour étudier l'imitation plurilatérale verticale en droit pénal, il convient donc de délimiter les actes de provocation à l'infraction qui tendent à induire des agirs mimétiques et des reproductions de comportements délictuels (I). Nous pourrions alors examiner la réponse pénale à ces provocations et rechercher comment le droit apprécie et tient compte des comportements respectifs des actants d'un agir mimétique illicite et vertical (II).

²²⁵³F. BOULAN, *La provocation, problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, t. 2, 1989, p. 7 (cité par J.-Y. LASALLE, *Provocation*, Rep. Pénal, 2016, n° 1).

I. Des provocations illicites à l'agir mimétique illicite

1140. ***Les provocations en droit.*** Le terme « provocation » trouve en pratique une signification souvent péjorative²²⁵⁴. M. le Professeur Fabrice DEFFERRARD propose la définition suivante de la provocation : « l'action intentionnelle par laquelle une personne, [...], entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »²²⁵⁵. En réalité, toutes les provocations en droit ne sont pas illicites car certaines ont un objet légal notamment lorsqu'elles concernent l'action en justice²²⁵⁶ ou encore la preuve²²⁵⁷. Il faut admettre que la majorité visent à provoquer des comportements illicites, immoraux ou dangereux et sont par conséquent punissables.

1141. ***Différentes catégories de provocation.*** Mme Diane PORTOLANO, qui a élaboré une conception de la provocation,²²⁵⁸ évoque trois sens donnés à la provocation en droit pénal²²⁵⁹ : la « **provocation-conséquence** », la « **provocation-initiative** » et la « **provocation-**

²²⁵⁴E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Provocation à la révolte, à un combat ou duel, etc.; On remarquera toutefois que le terme provocation a un sens littéral discutable. On peut rappeler notamment par exemple qu'en droit romain, existait la *provocatio ad populum* qui consistait en une aide demandée à la foule, à l'assistance. V. notamment sur ces points A. MAGDELAINE, *Provocation ad populum*, *Publications de l'Ecole française de Rome*, 1990, vol. 133, n° 1, pp. 567-588.

²²⁵⁵F. DEFFERRARD, *La provocation*, RSC, 2002, p. 233.

²²⁵⁶On pensera notamment aux provocations facultatives et obligatoires. Les premières constituent une modalité d'exercice ou d'engagement de l'action en justice laissée à la discrétion de son bénéficiaire, telle que les actions interrogatoires, par exemple, qui permettent de forcer une personne disposant d'un délai à exercer immédiatement son option, prévues par les articles 1123, 1158 et 1183 du Code civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Concernant les secondes, l'article 56 du Code de procédure pénale est un exemple de provocations obligatoires. Selon le texte, l'officier de police judiciaire a « l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense ».

²²⁵⁷En matière de preuve, certaines provocations policières à la preuve sont envisageables à la condition de respecter des critères stricts. La provocation policière est le fait d'« inciter un individu à commettre une infraction pour pouvoir, ensuite, rapporter la preuve indiscutable de ses agissements délictueux » (V. P. MAISTRE DU CHAMBON, *La régularité des provocations policières, l'évolution de la jurisprudence*, JCP 1989. I. 3422, n° 51-52). Une telle provocation est illicite si elle est menée par ruse ou stratagème et annihile la volonté du délinquant (V. Ph. CONTE, *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?*, Dr. Pénal 2009, Etude 13). Une telle provocation étant le fait d'inciter un autre à commettre un acte illicite, nous aurions pu l'analyser. Toutefois, par principe, les membres des services d'enquêtes et d'investigation publics doivent adopter une attitude passive ou du moins n'avoir aucune influence sur le provoqué. Or, nous verrons (V. *infra* n°1151 et s.) que l'imitation s'analyse nécessairement au travers d'une influence. Une étude ultérieure mériterait cependant d'être menée selon nous sur les provocations policières dont l'attitude des agents impliqués est active et pour lesquelles le législateur prévoit des textes spécifiques, comme en matière de stupéfiants. En effet, la loi n° 2204-204 du 9 mars 2004 a institué aux articles 706-81 et suivants du Code de procédure pénale une procédure dite « d'infiltration ».

²²⁵⁸D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, Paris : LGDJ, 2012.

²²⁵⁹Comme l'imitation, la notion de « provocation » est un terme polysémique qui désigne à la fois une action,

influence »²²⁶⁰.

La première désigne le produit de la provocation d'une chose, d'un événement, qu'elle soit le fait d'une personne ou d'une chose. Elle n'est alors que la conséquence logique de la chose ou de la personne provocatrice, « le résultat d'un lien de causalité matérielle, c'est-à-dire la conséquence inéluctable de ce qui l'entraîne »²²⁶¹.

La seconde consiste à « exhorter la personne qui y est soumise à une action définie »²²⁶². « Bien que se présentant déjà comme une forme de contrainte, [ces dernières catégories de provocations] demeurent licites, parce qu'elles poussent à une action licite et laissent libre le sens du choix »²²⁶³. On les retrouve notamment en matière procédurale où elles ne font qu'induire un comportement pour permettre une « bonne évolution de l'instance judiciaire »²²⁶⁴. Si elles sont des contraintes, elles ne trouvent aucunement un objet illégal, à savoir une incitation à un comportement illicite. Le législateur a ainsi prévu deux types de provocations licites, en matière d'instance et en matière de preuve.

En revanche, la « **provocation-influence** », troisième type de provocation, est illicite car elle altère ou annihile la liberté du provoqué. Elle use de moyens particuliers pour induire un comportement chez ce dernier et « inclut l'exercice d'une influence sur sa prise de décision ».

1142. ***La « provocation-influence » à des actes illicites.*** Notre recherche concernant les provocations illicites, nous n'étudierons pas les « provocations-initiative ». En outre, la provocation à l'imitation ne peut se concevoir que si les deux volontés sont engagées à faire commettre ou bien commettre des actes illicites. Par conséquent, nous écarterons d'emblée les infractions de provocations à des actes immoraux ou dangereux tels que l'abus de faiblesse²²⁶⁵, l'escroquerie ou encore la provocation au suicide. Néanmoins, il nous sera parfois utile de revenir sur les procédés caractérisant certaines infractions de provocation à des actes non illicites.

licite ou illicite et sa conséquence, son résultat.

²²⁶⁰D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, Paris : LGDJ, 2012, n° 28, p. 49.

²²⁶¹Ibid.

²²⁶²Ibid.

²²⁶³Ibid.

²²⁶⁴Ibid.

²²⁶⁵Cet écart explique que la provocation telle qu'elle est exercée dans la secte, notamment par celui que l'on nomme le gourou, ne sera pas développée dans ce travail. Toutefois, nous ne saurions rejeter l'idée de l'existence d'une imitation verticale entre chef et membres d'une secte. Un tel développement méritant incontestablement une étude ultérieure.

1143. ***La potentialité dangereuse d'un individu provocateur à des actes illicites.*** La provocation illicite appelle nécessairement à raisonner autour de la notion d'incitateur d'une infraction commise ou tentée, ou encore suggérée. Le provocateur est un « acteur périphérique »²²⁶⁶ et ne participe pas matériellement à l'infraction principale. La distinction entre les différents provocateurs n'a pas *a priori* lieu d'être, tous tendant vers l'accomplissement d'un acte illicite, immoral ou dangereux.

La provocation, lorsqu'elle conduit à influencer le provoqué et peut-être à entraîner des imitations comportementales et des agirs mimétiques antisociaux, interroge le droit pénal sur la compréhension, la prévention et la répression de certains phénomènes particulièrement dangereux. Le concept d'imitation, et ici de provocation au mimétisme, propose des éléments de compréhension de certains faits illicites et ouvre la réflexion sur les moyens à trouver pour objectiver l'appréciation d'une dangerosité individuelle. Car toute provocation n'expose pas le provoqué à « basculer » dans un agir mimétique criminel, de façon imprévisible et parfois soudaine. Pour le comprendre, il convient de définir ce que le droit pénal réprime dans les infractions de provocations illicites et la distinction qu'il introduit quant aux moyens d'incitation utilisés par le provocateur (Paragraphe 1). Grâce à quoi nous établirons que si la provocation s'inscrit toujours dans un rapport de domination exercé sur le provoqué à des actes illicites, toutes les provocations ne cherchent pas à entraîner celui-ci dans un agir mimétique ou à l'amener à imiter un modèle criminel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La notion juridique de provocation

1144. Le provocateur et plus largement l'instigateur, est traité par principe en complice (A) et par ci par-là, en auteur juridique dans des textes d'incriminations autonomes (B).

A. Le provocateur, complice d'une infraction

1145. ***La provocation, un cas de complicité en droit pénal.*** Toute personne qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction en est le complice. La provocation ainsi comprise n'est pas une infraction à elle seule, elle n'est qu'un accessoire d'une infraction principale. Le provocateur n'agit pas matériellement dans la

²²⁶⁶F. PARDO, *Le groupe en droit pénal*, op. cit., p. 242.

commission de l'infraction provoquée, ces actes étant antérieurs. C'est donc au travers de la théorie de la complicité que l'on sanctionne un tel protagoniste dans la participation criminelle. La conception traditionnelle du droit, matérialiste et objectiviste, impose qu'on ne réprime qu'un comportement ayant effectivement porté atteinte à l'ordre public. Le provocateur n'agit pas directement mais participe en provoquant l'infraction d'un autre. Seule la complicité permet alors de le sanctionner.

1146. ***La provocation, une complicité par instigation.*** S'il admet une signification précise dans la langue française, le terme complice, du latin *complias* signifiant « allié uni étroitement à », est entendu autrement au sens juridique, dans lequel il recouvre des réalités diverses. La provocation constitue un cas de complicité prévue par l'article 121-7 du Code pénal au côté de la complicité par instruction et de la complicité par aide ou assistance. Plus précisément l'alinéa 2 de cet article prévoit la complicité par instigation qui est le « fait de pousser quelqu'un à faire quelque chose »²²⁶⁷. Au regard du texte, l'instigation se réalise, soit par provocation, soit par fourniture d'instruction.

1147. ***La provocation à distinguer de l'instruction.*** Comme le provocateur, l'instructeur incite à la commission d'une infraction mais l'instruction se distingue, selon le législateur, de la provocation²²⁶⁸. Elles sont toutes les deux prévues par l'alinéa 2 de l'article 121-7 du Code pénal selon lequel, « est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Or, si d'un point de vue rédactionnel, il semble que les conditions strictes prévues pour la provocation, s'appliquent également pour l'instruction²²⁶⁹, celle-ci n'a pas à être accompagnée de dons, promesses ou autres moyens²²⁷⁰.

Instruction. L'instruction peut se définir comme le fait de donner à l'auteur principal des renseignements suffisamment précis afin de faciliter la commission de l'infraction, dont elle constitue un moyen intellectuel. Elle doit alors être précise²²⁷¹ tel que, autrefois, le fait de

²²⁶⁷E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Instigation.

²²⁶⁸V. F. PARDO, *Le groupe en droit pénal*, op. cit., p. 258. L'auteur déclare qu'« il conviendrait peut-être d'inclure l'instruction en tant que procédé provocateur en raison des difficultés engendrées par la distinction provocation-instruction ».

²²⁶⁹V. sur ce point S. FOURNIER, *Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité*, RSC 1995. n°25.

²²⁷⁰Cass. crim., 3 mars 1959, B. n° 145, RSC 1966.339, obs. A. LEGAL.

²²⁷¹Ainsi de vagues renseignements ne suffisent pas (Cass. crim., 24 décembre 1942, JCP 1944. II. 2651, 2^{ème} esp) ou encore, le fait de suggérer un comportement à adopter (Cass. crim., 21 septembre 1994, Dr. Pénal 1995. 2, obs. M. VERON).

donner l'adresse d'un avorteur²²⁷². Les juges devront alors indiquer en quoi les instructions ont consisté²²⁷³ ainsi que le rôle du complice dans la commission de l'infraction constatée²²⁷⁴. Si l'instruction est également un comportement d'influence, elle demeure donc différente de la provocation qui suppose d'autres moyens. Elle s'adresse davantage à l'intelligence de l'auteur de l'infraction²²⁷⁵, alors que le provocateur altère ou annihile la liberté du provoqué.

1148. ***La double condition de la complicité par provocation.*** Le législateur a prévu de limiter doublement l'imputation de la complicité par provocation : d'une part, quant aux moyens de provocation et d'autre part, quant à la nécessaire qualification d'une infraction.

- ***La mise en œuvre de moyens de provocation.*** Concernant les moyens, la provocation doit avoir été effectuée par « don, promesse, menace, ordre ou abus d'autorité ou de pouvoir ». Cette liste est exhaustive mais relativement variée de prime abord car les moyens de persuasion peuvent être non seulement matériels mais également psychologiques. Ils renvoient tous à l'idée d'une **pression exercée sur la volonté du provoqué**, en suscitant notamment chez lui, un sentiment d'obligation (don), d'espoir (promesse) ou de crainte (menace, ordre et abus de pouvoir ou d'autorité).

- ***Un effet provoqué : le constat d'un résultat juridique.*** Au sens de l'article 121-7 du Code pénal, la provocation doit être suivie d'effet pour être punissable. Autrement dit, un résultat juridique doit nécessairement être constaté sinon la provocation reste impunie.

1149. ***La provocation par voie de presse.*** Il faut également remarquer que les articles 23 et suivant de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse²²⁷⁶ prévoit la provocation comme un cas de complicité. Ces dispositions prévoient spécifiquement la sanction de provocations commises par la voie de presse ou par tout autre moyen de publication.

²²⁷²Cass. crim., 22 juillet 1943, JCP 1944, II, 2651, 3^{ème} esp ; Cass. crim., 21 octobre 1953, JCP 1953, IV, 165.

²²⁷³Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D. 1945, 265.

²²⁷⁴Cass. Ass. Plén., 20 janvier 1964, JCP 1965, II, 13983, note BOUZAT, sans pour autant à avoir à nommer la personne recevant les instructions (V. Cass. crim., 24 mars 1960, D. 1960, Somm. 764).

²²⁷⁵L'instruction peut être ainsi entendue comme une fourniture de moyens intellectuels ; V. notamment MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON qui analysent l'instruction comme un cas « intermédiaire entre la provocation et l'aide ou l'assistance » et que « peu importe que les instructions fournies aient déterminé l'auteur à agir, ou aient seulement facilité son action » (Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 418).

²²⁷⁶L. 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (JO 30 juillet 1881, p. 4201).

Cependant, le législateur a également prévu des provocations sanctionnées à titre autonomes.

B. Le provocateur, auteur d'une infraction

1150. ***Des provocations illicites autonomes.*** Certains comportements étant considérés comme particulièrement dangereux, il n'était pas moralement possible de laisser des provocations impunies, au seul motif que l'agent n'avait pas utilisé les moyens prévus par l'article 121-7 du Code pénal ou que le provoqué n'avait pas commis ni même tenté d'infraction.

C'est pourquoi le législateur a incriminé certaines provocations de manière autonome dans le droit pénal spécial, n'entrant pas dans le champ d'application de la complicité. On ne passe alors plus, sauf exception²²⁷⁷, par la théorie de la complicité et l'emprunt de criminalité pour appliquer la répression, ces incriminations concernant majoritairement des provocations non suivies d'effet. Autrement dit, le provocateur est sanctionné sans que n'ait été commis ou tenté l'acte visé par la provocation. On retrouve ainsi dans la partie spéciale du Code pénal des provocations qui atteignent l'État, la nation, l'autorité de l'État, et des particuliers dont les mineurs et autres personnes vulnérables. Telles sont les infractions autonomes de provocation à la trahison et à l'espionnage²²⁷⁸, à la discrimination²²⁷⁹, à l'assassinat ou à l'empoisonnement²²⁸⁰ ou encore la provocation à des actes de terrorisme²²⁸¹. D'autres *corpus* prévoient la sanction de la provocation, tel que la provocation à la désertion dans le Code de justice militaire²²⁸² ou encore la provocation à l'usage illicite de stupéfiants dans le Code de la santé publique²²⁸³.

²²⁷⁷On peut citer l'exception prévue par l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881, le législateur ayant conservé la qualité de complice du provocateur. Ainsi, selon l'alinéa 1 de la disposition, « lorsque les directeurs ou codirecteurs de la publication ou les éditeurs seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices ».

²²⁷⁸Art. 411-11 C. pén.

²²⁷⁹Art. R. 625-7 C. pén., s'agissant de la provocation non publique à la discrimination ; Art. 24 L. 29 juillet 1881, pour la provocation à la discrimination publique.

²²⁸⁰Art. 221-5-1 C. pén.

²²⁸¹Art. 421-2-5 C. pén.

²²⁸²Art L. 321-18 C. just. milit.

²²⁸³Art. L. 3421-4 C. sant. publ.

Paragraphe 2. Des procédés de provocations favorables à un agir mimétique vertical

1151. ***Les moyens de provocations dans les textes d'incrimination.*** Dans le langage courant, la provocation désigne tantôt « l'action de provoquer »²²⁸⁴, tantôt, le « fait d'être provoqué ». En droit, le terme provocation est également polysémique.

En son sens premier, il définit « un procédé personnifié par le comportement provocateur lui-même, celui qui se compose du fait ou de l'ensemble des faits bruts dont on peut dire qu'ils forment et qu'ils instituent une provocation ».

Il renvoie aussi au résultat obtenu par le comportement provoqué. « La provocation se détachera alors de son auteur pour s'incarner, de façon presque objective, dans l'issue qu'elle produit : une provocation »²²⁸⁵.

Elle implique nécessairement des moyens afin d'entraîner un individu à commettre des actes illicites. Le législateur a prévu dans certaines infractions de tels moyens, alors que d'autres textes restent silencieux (A). Il est possible, toutefois, de les distinguer selon l'altération de la liberté du provoqué (B).

A. Les moyens de provocation

1152. ***Des moyens matériels et intellectuels.*** Selon M. le Professeur DEFFERRARD, la provocation est « l'action humaine qui, lorsqu'elle se réalise, est susceptible d'impressionner de façon significative les instincts et la raison des personnes qui en sont devenues les destinataires. Il s'agit d'un acte doublement instrumental : d'abord, dans une conception pragmatique et presque réifiée de l'être, la provocation, dans une large mesure, fait des individus vers qui elle est dirigée les outils conscients d'un projet criminel conçu par le seul provocateur ; ensuite, l'acte provocant s'appuie, dans tous les cas possibles, sur un ensemble de moyens intellectuels et matériels »²²⁸⁶. La provocation est un « comportement éminemment psychologique »²²⁸⁷, car elle induit un comportement chez autrui. Pour cela, le provocateur va user de manœuvres pour déterminer un individu à commettre des actes illicites.

²²⁸⁴Le Grand Robert, *Dictionnaire de la langue française*, tome VI, 2^{ème} éd., 1992, V° Provocation.

²²⁸⁵F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 233.

²²⁸⁶F. DEFFERRARD, id., p. 234.

²²⁸⁷D. PORTOLANO, op. cit., p. 401.

1153. *Des textes inégaux quant aux moyens de provoquer.* Les moyens de provocation sont nombreux, certains présentant une forme plus ou moins complexe.

Certains textes d'incrimination dressent une liste des moyens de la provocation sanctionnable. Par exemple, l'article 121-7 du Code pénal sur la complicité prévoit la provocation par promesses, offres et pressions, menaces et voies de fait. Ces manœuvres se retrouvent également dans l'article 411-11 du Code pénal en matière de provocation à la trahison ou à l'espionnage, ou en l'article 413-1 du même Code relatif à la provocation des militaires à passer au service d'une puissance étrangère.

Parfois les textes indiquent simplement que la provocation peut s'effectuer « par tous moyens ». Tels sont les cas de l'article 211-2 du Code pénal en matière de provocation à commettre un génocide ou de l'article 412-3 du même Code relatif à la provocation à la désobéissance.

Enfin, certaines incriminations ne précisent pas les moyens de persuasion. L'article 412-8 du Code pénal se contente de sanctionner la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population, sans aucune précision quant aux moyens de provocation ; l'article 227-18 du même Code la provocation d'un mineur à faire usage illicite de stupéfiants.

Il arrive en outre que le législateur incrimine certains comportements de provocation sans pour autant utiliser les termes « provocation » ou « provoquer ». Par exemple, il est de tradition de parler de provocation à la mendicité²²⁸⁸ ou encore de provocation à la prostitution²²⁸⁹, mais les textes ne font mention qu'au fait de « détourner une personne en vue de » la livrer à la mendicité ou à la prostitution. Or le détournement peut désigner « tous les actes qui, par séduction, ruse ou persuasion, sont utilisés pour amener une personne à [accomplir des actes] à l'exclusion des simples conseils ou encouragements »²²⁹⁰. Autrement dit, le détournement correspond bien à une provocation à un comportement. On peut citer encore les infractions « faire commettre »²²⁹¹, comme par exemple le fait de faire pratiquer une

²²⁸⁸Art. 225-12-5 4° C. pén.

²²⁸⁹Art. 225-5 3° C. pén.

²²⁹⁰Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris : Litec, 3^{ème} éd., 2007, n° 466, p. 260.

²²⁹¹F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 2009, p. 343 et spéc. p. 345. M. ROUSSEAU évoque les infractions de « faire faire ». Il fait une distinction entre celles-ci et les infractions de provocation *stricto sensu*, car, pour l'auteur, les premières trouvent une autonomie textuelle, à la différence des secondes. Ici, il constate qu'« en procédant de la sorte, le législateur semble manifester la moindre indépendance de l'auteur moral à l'égard de l'auteur matériel en qui concerne les infractions du « faire faire », contrairement à celles de provocation ». Si elle permette effectivement une autonomisation du provocateur, il nous semble bien que les infractions du second ordre peuvent entraîner les mêmes conséquences qu'une infraction de provocation, à savoir entraîner un autre individu à accomplir quelque chose.

recherche biomédicale sur une personne sans son consentement²²⁹².

1154. ***Des moyens ordinaires de provocation.*** Malgré ces différences rédactionnelles, nous constatons que la jurisprudence évoque comme moyens de provocation, lorsqu'ils ne sont pas prévus dans les textes, ceux que le législateur a retenu pour d'autres. Pour le Professeur DEFFERRARD, « cela n'est d'ailleurs guère étonnant. Les moyens dont le provocateur fait usage dans son entreprise sont toujours les mêmes parce qu'ils correspondent d'abord à la nature primaire, et même anthropologique, des provocations ordinaires. Dans la rédaction de la loi pénale, la différence est donc plus apparente que réelle »²²⁹³. Et ces moyens sont caractéristiques d'une certaine tonalité de la relation provocateur/provoqué.

1155. ***La menace.*** La menace est la « parole ou [le] geste dont on se sert pour faire craindre à quelqu'un le mal qu'on lui prépare »²²⁹⁴. Elle implique alors une « contrainte susceptible d'impressionner vivement ceux à qui elles s'adressent »²²⁹⁵. « C'est l'intimidation forte, agressive, voire insultante, que vise la loi ». ²²⁹⁶ On trouve peu de jurisprudences concernant la provocation exercée par menace. C'est par exemple le fait d'un employeur qui, pour obtenir de son employé un faux témoignage, le menace de licenciement²²⁹⁷, ou encore, le fait pour un enfant de menacer de tuer un camarade de classe à coups de couteau pour qu'il ne parle pas²²⁹⁸.

1156. ***L'ordre et l'abus d'autorité.*** L'ordre renvoie à une question de discipline et de subordination car il s'entend comme une injonction, une prescription. De ce fait, il est possible de le rapprocher de l'abus d'autorité et de pouvoir. Cela étant, l'ordre provocateur n'émane pas nécessairement d'une personne dépositaire d'une autorité ou d'un pouvoir. Par exemple, le passager d'une voiture a été considéré comme complice du délit de refus d'obtempérer parce qu'il avait ordonné au conducteur, qui n'était pas son subordonné, de prendre la fuite²²⁹⁹. Par

²²⁹²Art. 223-8 C. pén.

²²⁹³F. DEFFERRARD, op. cit., p. 236.

²²⁹⁴E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Menace.

²²⁹⁵D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 56, p. 86.

²²⁹⁶Ibid.

²²⁹⁷Cass. crim., 24 juillet 1958, B. crim. n° 573.

²²⁹⁸CA Aix-en-Provence, 15 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-331719.

²²⁹⁹Cass., crim., 21 septembre 1994, B. crim. n° 302, Dr. pénal 1995. 2, note M. VERON; RSC 1995. 343, obs. B. BOULOC ; V. également Cass. crim., 18 mars 2003, B. crim. n° 70, Dr. pénal 2003, comm. 95, obs. M. VERON ; V. aussi Cass. crim., 15 mai 1987, B. crim. n° 198, Gaz. Pal. 1987, 2, 66.

ailleurs, une personne dépositaire d'une autorité ou d'un pouvoir ne donne pas nécessairement un ordre pour provoquer une infraction, même si c'est souvent le cas en pratique²³⁰⁰.

Ainsi, l'ordre doit être compris comme un mode de provocation autonome par rapport aux autres. Quant à l'abus d'autorité, il peut être de droit ou encore de fait, légal ou moral²³⁰¹.

L'autorité peut être comprise comme le pouvoir de se faire obéir. D'un point de vue moral, elle correspond à l'ascendant qu'une personne détient sur une autre, conféré par sa situation sociale ou intellectuelle²³⁰², voire sa situation économique dominante²³⁰³. Se rend ainsi coupable de complicité de fraudes fiscales par provocation avec abus d'autorité ou de pouvoir « un entrepreneur de bâtiment qui a invité un fournisseur de main-d'œuvre dont il était le principal, puis, l'unique client, à s'abstenir de reverser au Trésor public les sommes dont ce prestataire de services était redevable au titre de la TVA, en lui imposant des facturations anormalement basses, faisant de la minoration de ces factures la condition du maintien de ses commandes »²³⁰⁴.

1157. **La pression.** La pression est définie comme une « contrainte exercée sur quelqu'un »²³⁰⁵, même si ce mode d'expression de la provocation ne fait pas partie des adminicules prévus par l'article 121-7 du Code pénal relatif à la complicité. Selon VITU, « le terme « pressions » englobe les menaces déguisées, les demandes réitérées et pressantes, bref tous les moyens qui aboutissent à créer une sorte de contrainte sur l'esprit de la personne qui les reçoit... Il suppose donc l'emploi de procédés vigoureux de conviction, c'est-à-dire quelque chose de plus que les simples suggestions, les conseils, ou les conversations »²³⁰⁶.

C'est dans ce sens que la chambre criminelle s'est prononcée dans un arrêt du 26 janvier 1972²³⁰⁷ concernant une subornation de témoin. Dans les faits, un individu avait déclaré à ses

²³⁰⁰Toutefois, « caractérise la complicité de tentative d'extorsion de fonds le fait par des responsables d'entreprise de donner l'ordre à deux de leurs employés, en abusant de leur autorité sur eux, de récupérer les sommes dues par leurs clients, en dehors de toute mise en demeure ou de toute procédure judiciaire, au besoin par la force » (Cass. crim., 28 juin 1993, Gaz. Pal. 199, 2. Somm. 470).

²³⁰¹V. Cass. crim., 29 mars 1971, B. crim. n° 112, p. 282. La Cour de cassation rappelle que « le législateur n'a pas fait dépendre l'existence de la provocation par abus d'autorité de la condition que l'autorité dont l'abus est incriminé soit une autorité légale » ; V. toutefois, CA Montpellier, 16 décembre 1964, D. 1965, Gaz. Pal. 1965. 1, 266. N'est pas tenu pour complice l'individu qui prononce, durant une réunion publique, des paroles pouvant contenir une incitation directe à commettre le délit d'entrave à la circulation routière, s'il n'avait pas à l'égard des personnes présentes une autorité morale requise au sens de l'article 60 du Code pénal.

²³⁰²Cass. crim., 10 novembre 1899, DP 1901, 1, 373.

²³⁰³Cass. crim., 10 janvier 1973, B. crim. n° 14, p. 25, RSC 1974. 580, obs. LARGUIER.

²³⁰⁴Cass. crim., 10 janvier 1973, préc.

²³⁰⁵E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Pression.

²³⁰⁶A. VITU, *Droit pénal spécial*, Paris : Cujas, t. 1, 1982, n° 568.

²³⁰⁷Cass. crim., 26 janvier 1972, B. crim., n° 35, Gaz. Pal. 1972, 2, p. 718, p. 867, obs. A. VITU.

compagnons, après le décès d'une personne suite à une rixe : « il ne faut pas vous laisser aller, il faut dire tous pareil, que T. est tombé tout seul et surtout ne pas dire qu'il était ivre et que je lui ai donné à boire ». Pour la Haute cour, ces conseils ne constituent pas de véritables pressions mais des « recommandations ». Les individus s'étaient ainsi assuré une défense commune, l'agent n'a donc pas provoqué par pressions ses camarades.

Comme le relève justement Mme Diane PORTOLANO, « en somme, les pressions recourent en réalité des comportements voilés ou déguisés, du moins qui n'ont pas l'impact brutal des « menaces » et « voies de fait » par ailleurs retenues comme moyens de subornation par l'article 434-15 du Code pénal »²³⁰⁸.

1158. **La violence.** La violence peut également être un moyen d'expression de la provocation. Elle suppose, par définition, l'exercice d'une contrainte physique ou psychologique à l'égard d'un individu. Elle peut être physique ou morale. Là encore, ce mode de provocation n'est pas prévu spécifiquement parmi les adminicules au sens de l'article 121-7 du Code pénal. Font état d'une provocation par violence exercée sur un individu des textes tels que l'extorsion prévue par l'article 312-1 du Code pénal.

1159. **Le don.** Le don consiste à accorder à quelqu'un quelque chose que l'on possède. Ainsi se rend coupable de provocation celui qui remet une somme d'argent à l'auteur d'une fausse attestation pour le déterminer à la produire²³⁰⁹. Le provocateur instaure ici une sorte de relation contractuelle.

1160. **La promesse.** La promesse se définit comme l'engagement d'une personne à accomplir une chose. Elle doit par principe être antérieure à l'acte réalisé par le provoqué. Celui qui promet par exemple un repas ou de l'argent à un ouvrier d'une usine afin de l'inciter à y mettre le feu commet une provocation punissable²³¹⁰.

1161. **Autres manœuvres possibles.** D'autres manœuvres de provocation pourront être utilisées par le provocateur, telle encore l'offre qui s'entend comme la proposition d'une chose. On ne saurait toutes les rapporter, les provocateurs pouvant déborder d'imagination afin d'inciter un ou plusieurs individus à commettre des actes illicites. Cela étant établi, il est possible de les

²³⁰⁸D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie Générale de la provocation*, op. cit., n° 57, p. 88.

²³⁰⁹Cass. crim., 30 janvier 1962, B. crim. n° 70.

²³¹⁰Cass. crim., 24 juillet 1985, Gaz. Pal. 1986. 1. Somm. 114.

diviser selon le degré d'altération de la liberté du provoqué. Cette classification tient davantage compte de l'effet produit sur le provoqué par le moyen utilisé par le provocateur.

B. Provocations et altération de la liberté du provoqué

1162. Toutes les manœuvres de provocation à l'infraction n'ont pas le même impact sur la liberté d'agissement et la volonté de la personne provoquée. La provocation peut d'abord, être contraignante et annihiler la liberté du provoqué. Le provocateur peut aussi « instrumentaliser » un individu qui garde sa liberté mais ne sait pas qu'il commet un acte illicite. Il peut également persuader le provoqué ; ce qui aura pour conséquence soit d'altérer la liberté de la personne provoquée soit, au contraire, de la préserver. Ainsi compris, la provocation peut se faire par contrainte (1), par tromperie (2) ou encore par persuasion (2). Seule la provocation par persuasion semble pouvoir renvoyer à une provocation à l'imitation.

1) *La provocation par contrainte exclusive d'une provocation à l'imitation*

1163. ***La définition de la contrainte.*** La contrainte est la « violence exercée sur les actions »²³¹¹ d'autrui. Cette violence peut être physique ou morale et tend à obliger la personne à agir contre sa volonté. Le provoqué par contrainte n'a pas d'autre choix que d'accomplir l'acte de provocation. Cette contrainte détruit donc la liberté d'action de la personne, qui a conscience de subir une telle violence. Cette dernière est nécessairement externe à la personne et non interne. Elle sera en pratique exercée par des actes de violences mais aussi des menaces, ordres, abus d'autorité ou de pouvoir ou encore des pressions.

1164. ***Une annihilation de la liberté du provoqué.*** Par conséquent, même si le provocateur crée la représentation de l'infraction projetée et la communique, on ne peut considérer qu'il initie une imitation verticale. Car il fait passer cette représentation dans l'esprit du provoqué non pas par suggestion mais par violence, et il paraît peu probable que celui-ci se l'approprie et la prenne comme modèle. Bien au contraire, le provoqué, dépouillé de sa liberté de choix, et conscient de la contrainte qu'il subit, agit la représentation d'un autre contre sa

²³¹¹E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Contrainte.

volonté. Et celui qui incite par contrainte à la reproduction ne crée pas une situation d'imitation, tout au plus une répétition. En effet, l'imitation requiert nécessairement une intentionnalité plus intense que la simple répétition. Alors que la première est tournée vers un modèle, la seconde vise simplement le comportement ou son résultat.

Dans la provocation par contrainte, le provoqué agit la représentation créée par le provocateur, c'est-à-dire l'infraction imposée, mais il démontre une réticence, et non une détermination personnelle à agir la représentation donnée comme modèle par un autre. Parler d'imitation dans une telle situation serait la réduire au sens matériel d'un résultat et passer à côté de sa dimension de comportement intentionnel. Ainsi, il n'est pas concevable de parler d'imitation par provocation lorsque le moyen employé par le provocateur est une contrainte dont le provoqué a conscience.

Il en est de même lorsque celui-ci utilise des moyens de tromperie.

2) *La provocation par tromperie exclusive d'une provocation à l'imitation*

1165. ***Provocation et tromperie***²³¹². La tromperie correspond au fait d'abuser de quelqu'un en usant de mensonges ou de dissimulation. Tromper est le fait d'« induire en erreur en employant la ruse, l'artifice, le mensonge »²³¹³. Le provoqué trompé est celui qui est « instrumentalisé » par le provocateur qui l'utilise afin de commettre une infraction.

Tel est le cas par exemple du provocateur qui fait administrer par un individu une substance mortelle à un autre. La personne provoquée n'a pas conscience de la composition du produit, le provocateur ayant usé de manœuvres de tromperie. Si le provoqué ne voit pas sa liberté altérée, il n'en est pas moins « chosifié ». Dans ce cas, on ne saurait parler d'une provocation à l'imitation dans la mesure où le provocateur n'a pas communiqué la représentation de l'infraction projetée.

En revanche, il en est différemment lorsque celui-ci persuade la personne provoquée.

²³¹²Au même titre que l'escroquerie ou de l'abus de confiance, nous n'envisagerons pas dans notre étude l'infraction de tromperie prévue par l'article L. 213-1 du Code de la consommation. Ce qui nous amène à ne pas développer la provocation dans les sectes. Une étude ultérieure nous semble toutefois envisageable dans la mesure où celui que l'on nomme le gourou peut être entendu comme un provocateur des actions de ses subordonnés.

²³¹³E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Tromperie.

3) *La provocation par persuasion : une provocation possible à l'imitation*

1166. ***Deux catégories de persuasion.*** La persuasion correspond à la « détermination de l'esprit à croire, causée par la force, la vérité, la beauté des raisons »²³¹⁴. Persuader est entendue comme le fait d'« amener quelqu'un à être convaincu de quelque chose, à croire quelque chose » ou encore le fait d'« **amener quelqu'un à faire, à vouloir faire quelque chose** »²³¹⁵.

La persuasion est nécessairement un acte positif qui démontre une certaine capacité d'influence du provocateur et donc une dangerosité qui risque non seulement d'attirer des individus qui se sont inscrits dans la voie de la délinquance mais également des personnes qui ne démontreraient pas, avant son intervention, une intention délictueuse.

Se pose alors la question de la force de persuasion - socialement acceptable ou moralement et éthiquement condamnable. A la différence de la contrainte qui annihile la liberté du provoqué, la persuasion peut seulement l'altérer, voir la préserver. En outre, elle ne s'oppose pas à la volonté du provoqué puisque celui-ci, persuadé, veut faire la chose proposée par le provocateur. Nous pouvons distinguer et qualifier deux catégories de persuasion selon sa force coercitive.

1167. ***La persuasion simple.*** La persuasion du provocateur peut s'exercer **sans amoindrir la liberté du provoqué ni altérer sa volonté**. Dans ce cas, le provocateur tente de persuader un individu à commettre un acte illicite mais lui laisse le choix d'accepter ou non. Par exemple, un individu propose à un « professionnel » une somme d'argent afin qu'il assassine une personne²³¹⁶. Le provoqué conserve sa liberté de choix, sa volonté d'agir reste intacte. Une telle provocation pourra trouver comme moyens de persuasion notamment des dons, promesses, offres, etc. Nous avons choisi de qualifier cette persuasion comme étant « simple ».

1168. ***La persuasion complexe ou par manipulation mentale.*** En revanche, la persuasion peut être coercitive et atteindre la liberté du provoqué. Aussi appelée manipulation

²³¹⁴E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Persuasion ; On remarquera que la persuasion est également celle qui vise ce que l'on préjuge de la vérité.

²³¹⁵V. notamment sur ce point les analyses de Max Weber sur la notion de « charisme » et la légitimité du pouvoir politique, M. WEBER, *Economie et société*, 1. Les catégories de la sociologie, Paris : Plon, 1971.

²³¹⁶Cette provocation est prévue à l'article 221-5-1 du Code pénal.

mentale²³¹⁷, la persuasion coercitive constitue « l'ensemble des manœuvres visant à **modifier les processus décisionnels** d'un individu ou d'un groupe social par l'utilisation de techniques individuelles ou groupales physiques ou psychiques, afin de le (ou les) **placer sous contrôle partiel ou total de l'auteur de la manipulation** »²³¹⁸.

Utilisée notamment pour suggestionner les membres d'une secte, la persuasion coercitive induit une relation où le provocateur « contrôle » le provoqué dans un rapport nettement hiérarchisé. Le manipulateur, agissant dans son propre intérêt, tente de persuader un individu avec l'intention de diminuer son esprit critique. Il crée « une ambiance affective commune qui établit un lien privilégié entre lui et sa cible, qui sert de terrain d'entente pour la menée à bien de la manipulation à travers un vécu et un **but déclarés communs par le manipulateur** »²³¹⁹.

Plus particulièrement, il opère une **persuasion coercitive**, d'ordre physique ou psychologique, qui peut entraîner des modifications du comportement et des attitudes d'un individu. Cette manipulation va alors entraîner un **bouleversement du libre arbitre du manipulé**, car elle s'adresse davantage à la croyance qu'à la raison²³²⁰. Croire, c'est donner son assentiment à une proposition que l'on tient pour vraie, de façon médiate, après réflexion, ou de façon immédiate, et de façon irraisonnée. Le discours de persuasion coercitive s'appuie sur une donnée fondamentale : la « mystification »²³²¹ qui consiste à passer progressivement du réel à l'illusoire, sans déclencher de phénomène de rejet. Ainsi, quoiqu'il en soit, à long terme, l'individu manipulé perd progressivement son esprit critique, sa capacité à raisonner, voire son système de valeur²³²².

1169. *La manipulation mentale connue en matière d'abus de faiblesse.* La manipulation mentale n'est pas une notion méconnue du droit²³²³. Pour lutter contre l'influence de certains groupes présentant des dérives sectaires, des travaux ont été menés en vue de la création d'un délit de manipulation mentale. Dans son rapport en date du 22 décembre 1995

²³¹⁷H. BLOCH, R. CHEMAMA, E. DEPRET et al., *Grand dictionnaire de la psychologie*, Paris : Larousse, 1999, nouvelle éd., V° Manipulation : « ensemble des techniques permettant de modifier les attitudes ou les comportements d'une personne indépendamment de sa volonté ».

²³¹⁸J.-M. ABGRALL, *La mécanique des sectes*, Paris : Payot, 1996.

²³¹⁹JJ.-M. ABGRALL, *Tous manipulés tous manipulateurs*, Paris : Ed. Générales First, 2003, p. 89.

²³²⁰J.-M. ABGRALL, *La mécanique des sectes*, Paris : Payot, 1996.

²³²¹V. J.-M. ABGRALL, *La mécanique des sectes*, Paris : Payot, 1996.

²³²²Ibid.

²³²³V. notamment G. X. BOURIN, *La contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, Paris : PUF D'Aix-Marseille, 2005.

intitulé « Les sectes en France »²³²⁴, la commission d'enquête de l'Assemblée nationale avait évalué à 160 000 le nombre d'adeptes de sectes en France et à 100 000 le nombre de sympathisants. Face à ce constat, un débat s'ouvrit au sujet des groupes relativement dangereux et notamment ceux qui utilisaient la manipulation mentale, entendue comme « le fait d'exercer sur [une personne] des pressions graves et réitérées ou d'utiliser des techniques propres à altérer son jugement afin de **la conduire contre son gré ou non** à un acte ou à une abstention qui lui est gravement préjudiciable »²³²⁵.

Il a alors été proposé d'insérer un article dans le Code pénal, l'article 225-16-4 définissant le champ et la nature de ce nouveau délit, susceptible d'être réalisé « au sein d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer ou d'exploiter la dépendance psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités ». Ce texte entraînait incontestablement en conflit avec la liberté de croyance et la liberté d'association²³²⁶ et c'est finalement une modification de l'incrimination de l'abus de faiblesse qui a été préférée²³²⁷. Aujourd'hui, selon l'article 223-15-2 du Code pénal « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende ». Si au départ, cette infraction était incluse dans le chapitre concernant les atteintes aux biens, depuis la loi du 12 juin 2001, elle figure désormais dans le Livre II relatif aux « atteintes à la personne humaine ».

1170. *Une sujétion psychologique et une emprise.* Par la suite, la jurisprudence est

²³²⁴Rapport AN n°2468 du 22 décembre 1995 « Les sectes en France ».

²³²⁵Rapport présenté à l'Assemblée Nationale le 20 juin 2000.

²³²⁶V. Art. 10 DDHC, Art. 2 Constitution et Art. 9 Conv. EDH.

²³²⁷V. Rapport AN n° 3083, pour l'examen des articles présentés en vue de la prévention et de la répression des mouvements sectaires.

venue préciser l'état de sujétion psychologique. La cour de Toulouse, dans un arrêt du 4 janvier 2005, a observé que « l'état de sujétion psychologique ne peut être que celui qui résulte de manœuvres et techniques destinées à soumettre la victime à l'emprise de son auteur ».²³²⁸

Peuvent notamment entraîner un tel état de sujétion, les violences et la domination exercées sur une victime psychologiquement fragile, l'ayant amenée à un acte qui lui est gravement préjudiciable, dans un contexte qui l'a poussée à remettre l'intégralité de ses économies et ses affaires personnelles, caractérisant des pressions graves ou réitérées²³²⁹.

Par ailleurs, a été condamné du chef d'abus de faiblesse le prévenu qui exerce sur des personnes, dont il a conscience de la fragilité psychologique, une emprise, parfois en usant de menaces, provoquant un état d'enfermement physique et psychique, les rendant totalement dépendantes²³³⁰.

Certains auteurs considèrent que l'individu sait qu'il s'engage dans un groupe ou dans une situation, mais il n'en connaît pas la nature véritable ni quelles seront les conséquences pour lui-même²³³¹.

1171. ***La provocation possible par la manipulation mentale.*** L'article 60 de l'ancien Code pénal relatif à la complicité prévoyait comme moyens de provocation les « machinations ou artifices coupables ». Cela permettait notamment de punir le provocateur qui agissait sur le discernement de l'auteur principal en le trompant. Par exemple, s'était rendu coupable de provocation à une infraction un individu qui s'était mensongèrement prétendu revêtu d'une qualité officielle, afin d'arracher un secret à une personne qui en était professionnellement le dépositaire²³³².

De tels moyens de provocation, qu'on pourrait qualifier de manipulation mentale ou de

²³²⁸CA Toulouse, 24 janvier 2005, n°04/00185, D. 2005, Pas. 2990, obs. Th. GARE. La sujétion doit être le résultat de ces pressions exercées par l'agent. Elle ne doit pas être présente avant celles-ci. Ainsi des victimes fragilisées ne peuvent être considérées comme dans un état de sujétion psychologique au sens de l'article 223-15-2 du Code pénal. Cet état « ne peut être que celui qui résulte de manœuvres et techniques destinées à soumettre la victime à l'emprise de son auteur » ; V. également Cass. crim., 29 avril 2014, n° 12-87650, non publié au bulletin.

²³²⁹Cass. crim., 27 octobre 2015, n° 14-82032, B. crim. n° 232, Dr. pén. 2016, comm. 1, obs. Ph. CONTE, s'agissant d'un prêtre profitant de ses fonctions ecclésiastiques ; V. également Cass. crim., 18 mars 2014 n°13-82466, s'agissant d'une voyante médium.

²³³⁰Cass. crim., 26 octobre 2016, n° 15-85956, non publié au bulletin.

²³³¹V. J.-M. ABGRALL, *La mécanique des sectes*, Paris : Payot, 1996. L'auteur essaie d'expliquer le processus de recrutement par la séduction, la persuasion et la fascination. Selon lui, l'adepte ne sait pas dans quoi il s'engage, ce qui devrait pouvoir réduire sa responsabilité dans le recrutement. D'autres auteurs, en revanche, refusent de considérer que la manipulation mentale réussisse à annihiler la volonté d'un individu mais évoquent plutôt une aliénation volontaire puisque l'être humain ne peut être manipulé sans son accord. La personne se laisserait volontairement convaincre, assujettir et dominer.

²³³²Cass. crim., 21 janvier 1959, B. crim. n° 59 ; Cass. crim., 6 mars 1969, B. crim. n° 111.

persuasion coercitive, n'ont pas été repris dans la nouvelle rédaction du texte relatif à la complicité par provocation, notamment au motif qu'ils étaient rarement mis en place par le provocateur²³³³. Et, *a priori*, de telles manœuvres peuvent toujours trouver une application au travers des notions d'ordres ou d'instructions. Toutefois, nous pourrions objecter que ce serait là confondre instruction et provocation, dont nous avons distingué les significations²³³⁴. Par ailleurs, il nous semble que ce serait également nier une réalité criminologique : un individu qui manipule mentalement un autre afin de lui faire accomplir un acte illicite ne se met pas simplement en position de donneur d'ordres mais altère son discernement et sa liberté de choix, et cette aliénation peut être de courte durée mais aussi durable, avec des effets profonds sur le psychisme du provoqué.

1172. ***L'utilisation de manœuvres de persuasion.*** Les moyens du provocateur, prévus ou non par le législateur, n'ont pas la même force de persuasion qu'un simple donneur de conseils par exemple. Mme Diane PORTOLANO fait ainsi la distinction entre les moyens d'incitation et les moyens de provocation correspondant à deux phénomènes d'influence sur les comportements d'autrui. Pour l'auteur, « les moyens de l'incitateur, s'ils appuient effectivement son influence, ne sont pas de nature à contraindre suffisamment le comportement de la personne influencée » qui garde sa liberté et le caractère délibéré de son choix, « tout au plus est-elle confortée dans sa décision »²³³⁵.

Le provocateur coercitif est plus dangereux qu'un incitateur, pourtant, le législateur ne semble pas distinguer incitation et provocation coercitive, ni les procédés révélateurs de l'une et de l'autre. Toutefois, Mme Diane PORTOLANO remarque que « la jurisprudence introduit un important correctif puisque, contrainte par le respect du principe de légalité, elle admet que les moyens d'incitations que sont les offres, dons, promesses, présents, sont révélateurs de comportements provocateurs à l'unique raison qu'ils revêtent une force de persuasion telle qu'ils aient été déterminants dans la direction de la volonté de la personne influencée. L'exigence du caractère déterminant transforme ces simples moyens d'incitation en réels moyens de provocation capables soit d'altérer soit d'annihiler la volonté de la personne qui y est

²³³³ Toutefois, on peut objecter que la provocation par menace est également un moyen qui trouve peu de jurisprudence.

²³³⁴ V. notamment S. FOURNIER, *Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité*, RSC 1995, p. 475, spéc. p. 501, n° 28, qui trouve justifié la disparition de cet adjectif, mais qui constate toutefois des situations où la provocation ne sera plus susceptible d'être sanctionnée.

²³³⁵ D. PORTOLANO, op. cit., p. 77.

soumise »²³³⁶. La provocation doit alors être commandée par des moyens de persuasion présentant une force d'influence suffisante pour pouvoir provoquer un individu à adopter un comportement illicite.

Nous n'adhérons pas aux propos de l'auteur qui considère que tout provocateur est un manipulateur, celui-ci pouvant n'avoir aucunement opéré une persuasion coercitive. En revanche, nous le rejoignons sur le fait que le provocateur est un persuadeur qui peut éventuellement altérer la liberté du provocateur et dont les juges auront à vérifier l'intensité de persuasion des manœuvres utilisées par lui. Une simple incitation ne suffit pas²³³⁷. Le provocateur pourra notamment avoir convaincu le provoqué avec des appâts, tels que des dons ou des promesses – persuasion simple. Il pourra encore avoir manipulé le provoqué - persuasion coercitive que l'on pourrait qualifier de complexe.

1173. *La provocation par persuasion à une imitation comportementale.* La provocation à l'imitation n'est pas spécifiquement prévue par les textes d'incriminations. Incontestablement, la provocation qui intéresse notre concept d'imitation est la provocation par persuasion simple ou complexe. Dans la **persuasion simple**, le provoqué va suivre la représentation-modèle proposée par le provocateur parce qu'elle ne remet pas en cause ses valeurs, par exemple s'il a des tendances antisociales.

La **persuasion complexe** implique que le provocateur, par des « manœuvres et techniques destinées à soumettre le provoqué à son emprise », non seulement « souffle » à un individu l'action à accomplir, mais vise également à s'emparer, non de sa volonté mais de son désir²³³⁸. Le provoqué est volontaire à accomplir l'acte illicite car on lui en a donné l'envie, le désir, par des manœuvres qui ont altéré ses facultés de faire des choix qui ne dépendent que de lui, de ces propres intérêts ou croyances. La conséquence en est que le provoqué agit volontairement le désir d'un autre, en croyant que c'est le sien ou en le faisant sien. Manipulé mentalement, c'est-à-dire sous l'emprise d'un autre, il n'a certes pas nécessairement conscience de toutes les circonstances de la situation, mais il a bien l'intention et la volonté d'accomplir l'acte suggéré par le provocateur, qui plus est illicite. Cette sorte de persuasion n'implique pas une contrainte qui annihilerait la liberté et la volonté du provoqué. Au contraire le provoqué,

²³³⁶D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 79.

²³³⁷V. également sur ce point, J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, Thèse Bordeaux 2001, n° 711, p. 595, qui considère également que l'incitation doit être distinguée de la provocation, « pour des raisons tenant à la force causale des actes incriminés ».

²³³⁸Entendu ici comme la faculté de désirer librement.

persuadé, voit en la représentation créée par le provocateur un modèle à suivre.

1174. ***Pour conclure sur les moyens de provocation.*** De cette étude des moyens de provocations à l'infraction, il ressort que **la provocation à l'imitation d'un comportement illicite relève plutôt de manœuvres de persuasion**, simples et complexes. Les moyens employés sont ceux que l'on peut rencontrer dans la vie ordinaire. Le comportement de provocation illicite lorsque par exemple le professeur entraîne²³³⁹ ses élèves vers des comportements socialement valorisés et valorisants. En revanche, le provocateur par persuasion illicite, en particulier s'il utilise des manœuvres de persuasion complexe entraîne le provoqué à vouloir commettre des actes délictueux, à ses dépens. Soit il profite d'une situation d'autorité de droit, soit il établit avec le provoqué une situation d'autorité de fait. Et s'il fournit ou constitue lui-même un modèle à suivre, il est possible de parler d'une provocation à une imitation comportementale illicite.

II. Des agirs mimétiques illicites provoqués par persuasion

1175. L'examen approfondi des textes et de la jurisprudence montre que le juge, pour constater les actes d'un **provocateur**, semble rechercher la création et la communication par celui-ci de la **représentation d'un résultat ou d'un comportement illicite** (Paragraphe 1). Celle-ci est alors reçue par le **provoqué**, qui peut **agir l'image mentale suggérée**, en entrant dans une imitation verticale provoquée (Paragraphe 2). Si la provocation qui nous intéresse est celle qui s'effectue par persuasion, et en particulier par manipulation mentale, il faut admettre que certaines solutions relatives aux provocations par contrainte seront parfois rapportées pour une compréhension approfondie du comportement du provocateur et des interactions provocateur/provoqué.

Paragraphe 1. La création et la communication de la représentation d'une scène illicite par le provocateur

1176. Les textes et la jurisprudence semblent bien rechercher à attribuer l'origine de l'acte infractionnel, c'est-à-dire la création de la représentation de l'infraction au provocateur

²³³⁹Il manipule positivement.

(A). Ils prévoient le plus souvent d'examiner la manière dont le projet délictuel a été communiqué (B), intentionnellement (C).

A. La création d'une représentation par le provocateur : des images mentales illicites diversifiées

1177. Après avoir identifié les moyens de provocation, qui caractérisent un « appel à » suivre un modèle, encore faut-il établir la direction que le provocateur a montré. Le provocateur peut soit « souffler » un comportement - on parle alors de provocation directe (1) -, soit le résultat d'un comportement - on parle de provocation indirecte (2).

1) *La provocation directe à un comportement illicite*

1178. **De nombreuses provocations directes.** Étymologiquement, le terme « direct » vient du latin *digere* qui signifie la « direction », c'est-à-dire « ce vers quoi tend une chose ». On retrouve dans la majorité des textes en matière de provocation les termes « direct »²³⁴⁰ ou encore « directement »²³⁴¹ évoquant, pour la caractérisation de la **provocation**, l'exigence d'un élément constitutif particulier. Or différentes appréciations peuvent être mises en avant pour déterminer et concevoir le caractère direct de la provocation.

1179. **Compréhension subjective rejetée de la provocation directe.** D'un point de vue subjectif, le caractère direct de la provocation peut renvoyer au lien existant entre les différents protagonistes. Ainsi s'agirait-il du rapport d'influence entre le provocateur et le provoqué²³⁴². Tel est le cas du lien qui unit le provocateur et le mineur provoqué que l'on retrouve aux articles 227-18 et suivants du Code pénal. « Provoquer directement un mineur à ... » semble bien renvoyer à un rapport vertical où l'adulte invite le plus jeune à suivre des comportements dont il lui donne le – mauvais – exemple (sans nécessairement se poser lui-même en exemple mais éventuellement en usant de son influence pour suggérer un modèle à suivre).

²³⁴⁰Par ex. la provocation directe à la rébellion (Art. 433-10 C. pén.).

²³⁴¹Par ex. provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants (Art. 227-18 C. pén.).

²³⁴²V. Contra J.-B. THIERRY, *Provocation aux crimes et délits*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, 2017, fasc. 60, n° 7.

1180. *Compréhension objective retenue de la provocation directe.* La jurisprudence ne va pas dans ce sens et entend le caractère direct d'un point de vue objectif, c'est-à-dire qu'il doit renvoyer, non pas au lien entre les protagonistes, mais au lien entre les différents actes, c'est-à-dire l'acte provocateur et l'acte provoqué²³⁴³. Pour certains auteurs, le caractère direct serait alors synonyme de causalité²³⁴⁴. Alors qu'une simple incitation voire un conseil n'aurait qu'un lien incertain avec l'infraction commise, la doctrine s'accorde à dire que la provocation directe est « censée avoir eu un rôle causal »²³⁴⁵.

Des auteurs objectent pourtant à cette position qu'« une provocation qui ne serait pas directe en ce qu'elle se contenterait d'inciter autrui à la commission d'un acte infractionnel non précisément défini, pourrait néanmoins en être considérée comme la cause en cas de réalisation de cet acte »²³⁴⁶. D'autres considèrent alors que le caractère direct permet de « préciser la nature de la causalité exigée en matière de provocation : il faudrait alors un lien direct toutes les fois que le provocateur aurait suggéré la commission d'un acte précis »²³⁴⁷. Dans ce sens, le terme direct est plutôt « une caractéristique de la provocation elle-même et non plus du lien de causalité »²³⁴⁸. Autrement dit, et nous nous positionnons ainsi, le caractère direct de la provocation ne renvoie pas au lien de causalité mais repose sur le fait qu'elle évoque explicitement l'acte illicite à accomplir²³⁴⁹.

1181. *Une provocation à une infraction déterminée.* Il est acquis que le caractère direct signifie que la provocation désigne une infraction déterminée. Elle doit avoir « été assez précise pour induire un ou plusieurs individus en tentation de commettre un crime ou un délit du genre de celui prôné par le provocateur »²³⁵⁰. Une simple allusion aux actes ne suffit donc

²³⁴³Cass. crim. 5 janvier 1883, B. crim. n° 190, DP 1884, 1, p. 95.

²³⁴⁴V. sur ce point F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 233 et spéc. p. 236. L'auteur considère l'exigence du caractère direct comme synonyme de causalité ; le texte relatif à la complicité, s'il ne prévoit pas expressément le terme « direct » renvoie nécessairement à une provocation directe, « les "don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir" devant avoir mené sans équivoque l'auteur principal à commettre ou à tenter une infraction ».

²³⁴⁵Ph. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, RSC 1981, n° 7, p. 25 ; V. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 11^{ème} éd., 2016, V° Provocation : « fait causal d'avoir déterminé une personne à agir ».

²³⁴⁶P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, Paris : LGDJ, 2006, n° 289, p. 108.

²³⁴⁷V. A. POCHON, *L'auteur moral de l'infraction, la responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Caen, 1945, p. 90 (cité par D. PORTOLANO, op. cit., p. 95).

²³⁴⁸P.-A. BON, op. cit., n° 289, p. 108.

²³⁴⁹Et c'est la raison pour laquelle le lien de causalité devient lui-même évident entre l'acte suggéré et l'acte accompli.

²³⁵⁰M. C. DUCOMTE, *Au sujet de la provocation par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication à commettre des crimes ou des délits*, Gaz. Pal. 1989, Doctrine, p. 255.

pas²³⁵¹, le provocateur doit « souffler » la commission d'actes précis²³⁵² aux oreilles d'un ou plusieurs individus qui sont alors tentés. Il n'en a pas seulement parlé, il les a en quelque sorte « prôné » c'est-à-dire qu'il en a vanté l'intérêt en les recommandant vivement.

1182. ***La création par le provocateur de la représentation d'une action illicite.*** Une telle description de l'action du provocateur renvoie précisément à la création par celui-ci d'une représentation, l'image mentale d'une action illicite, qu'il tente de faire partager par un ou plusieurs autres en les tentant, c'est-à-dire en donnant une image « attrayante » de l'acte dans lequel il veut les entraîner. Ce faisant il ne laisse pas au provoqué la possibilité de l'interpréter librement et oriente manifestement son choix d'action. Par exemple, l'article 431-6 du Code pénal qui prévoit la provocation directe à un attroupement armé exige que le discours ou l'écrit incriminé appelle sans ambiguïté à un attroupement armé²³⁵³.

Le simple appel à une action de masse, incitant par exemple les appelés à se réunir à tel endroit et à telle heure, pour protester contre une décision, ne saurait suffire à caractériser la provocation. L'image mentale communiquée ici n'est aucunement celle d'un attroupement armé.

En revanche, dans un arrêt du 16 octobre 1997, la cour de Papeete a déclaré coupable de provocation de mineur à la consommation d'alcool, le père de deux enfants, âgés de deux ans et six ans, qui les laissait boire de l'alcool en sa compagnie, « l'état d'ivresse constaté des enfants étant important et susceptible de complications cliniques »²³⁵⁴.

Par ailleurs, la cour de Pau a constaté une provocation de mineur à commettre un vol dans le cas d'une mère qui avait commis un vol en présence de sa fille, elle-même en possession de biens volés²³⁵⁵. Les juges palois ont notamment retenu « le mauvais exemple montré à sa fille et son attitude complaisante lors de la commission des vols ».

Ces deux arrêts visent des parents, normalement investis d'une double fonction d'autorité et de protection, et dont le comportement a naturellement valeur de référence pour leurs enfants. Au-delà d'être de mauvais modèles, ces deux parents impliquent leur enfant de telle sorte que c'est bien la provocation directe qui est sanctionnée c'est-à-dire la « complaisance », voire l'encouragement à laisser l'enfant partager et agir la représentation – boire ou voler – qu'ils ont créée.

²³⁵¹Cass. crim., 13 avril 1911, B. crim. n°210 ; Cass. crim., 21 novembre 1957, B. crim n° 762.

²³⁵²J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Paris : Cujas, 4^{ème} éd., 2008, n° 602. ; Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 387.

²³⁵³V. notamment, Cass. crim., 28 juin 1995, n° 94-85.967, non publié au bulletin.

²³⁵⁴CA Papeete, 16 octobre 1997, JurisData n° 1997-056509.

²³⁵⁵CA Pau, 27 mars 1996, JurisData n° 1996-043191.

1183. ***L'expression orale ou non verbale de la provocation.*** On peut noter au travers de ces arrêts que le provocateur peut entraîner autrui à commettre un acte illicite par divers moyens d'expression²³⁵⁶. En effet, si la provocation se réalise fréquemment par la parole, des gestes peuvent l'accompagner voire suffire pour évoquer une image mentale infractionnelle²³⁵⁷. Toutefois, deux remarques sont à apporter sur ce point.

D'une part, pour que la provocation directe puisse être caractérisée, l'attitude du provocateur devra être suffisamment explicite et non équivoque. Tout dépendra alors de l'appréciation souveraine des juges du fond.

D'autre part, lorsque les textes d'incriminations imposent une certaine « publicité » de la provocation, le geste doit nécessairement être accompagné de propos.

Un arrêt du 28 juin 1995 le montre bien. Un individu a déversé sur la chaussée des galets en grande quantité caractérisant le fait que les manifestants devaient s'armer et s'en servir pour commettre des dégradations ou autres dommages²³⁵⁸. Ce faisant, il s'est conduit ou a tenté de se conduire en meneur de foule afin que des manifestants se servent des pierres pour commettre des dégradations. L'article 431-6 du Code pénal concernant la provocation à un groupement armé exige cependant qu'elle soit « manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image ». Les juges ont donc considéré la prise de parole du prévenu afin de d'apprécier le caractère provocateur de son geste. Ils ont constaté qu'il avait pris la parole pour exposer non seulement les revendications des participants mais aussi les inciter à se montrer solidaires de leurs actions.

On peut remarquer dans cet arrêt que les juges ont caractérisé l'infraction de provocation sans que les propos ait eu pour objet l'incitation à accomplir des actes illicites ni même à s'armer. En revanche, les paroles sont venues conforter et donner du sens au geste du provocateur. Bien plus, en procurant des projectiles aux manifestants, on peut considérer qu'il a orienté leur choix

²³⁵⁶V. sur ce point J. DUPUY, , *La provocation et le droit pénal*, Thèse Limoges, 1978, p. 90 , qui considère que « la rédaction actuelle de l'article 23 [de la loi du 29 juillet 1881] permet d'affirmer que pratiquement tous les modes figuratifs d'expression de la pensée ont été envisagés, et qu'en définitive la rédaction englobe parmi les éléments constitutifs de l'infraction pratiquement toutes formes d'écrits, de paroles, ou d'images », que nous pourrions qualifier de « mentales »

²³⁵⁷V. en ce sens J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, op. cit., p. 619.

²³⁵⁸Par ex. Cass. Crim., 28 juin 1995, n° 94-85.967, non publié au bulletin. (Si nous avons évoqué cet arrêt dans le chapitre concernant les excitateurs dans la foule (V. *supra* n°1072), on peut toutefois l'indiquer à nouveau ici dans la mesure où l'espèce concerne un exciteur qui a, semble-t-il, tenté de mener au moins une partie des manifestants. Cet arrêt montre comment un exciteur de foule peut devenir ou tenter de devenir meneur).

d'action, en les persuadant d'effectuer des actes qu'ils n'auraient pas entrepris d'eux-mêmes. Le provocateur a suggéré une image mentale aux participants en leur fournissant les moyens d'agir en se référant à elle. Et en condamnant le prévenu, les juges semblent bien avoir considéré qu'il était le créateur du modèle à suivre par les manifestants. La force persuasive du provocateur est ici matérialisée par son geste dont les juges apprécient le caractère suggestif explicite et non équivoque.

1184. ***Les données insignifiantes à la caractérisation de la provocation directe.*** Peu importe pour la jurisprudence que la provocation ait été employée à la forme conditionnelle ou subordonnée à la réalisation d'un événement déterminé, elle reste directe²³⁵⁹. Peu importe que le provocateur ne connaisse pas personnellement le provoqué. Nous l'avons vu, la provocation directe ne renvoie pas au lien existant entre les deux protagonistes.

1185. ***Pour conclure sur la provocation directe.*** Ainsi, de nombreuses provocations passent d'abord par la création d'une **représentation précise d'un modèle de comportement illicite** à suivre, susceptible de susciter chez d'autres individus la commission d'actes qui leur ont été « soufflés » par le provocateur.

En revanche, pour la Cour de cassation, lorsque la provocation tend « à susciter non pas l'entreprise criminelle mais un mouvement d'opinion de nature à créer à son tour un état d'esprit susceptible de permettre la naissance de l'entreprise criminelle »²³⁶⁰, elle est indirecte.

2) ***La provocation indirecte à un résultat infractionnel***

1186. ***La notion de provocation indirecte.*** A la différence de la provocation directe, « indirecte » signifie que la provocation ne désigne pas une infraction particulière. La provocation indirecte repose sur une **induction** et non sur une pure hypothèse selon FABREGUETTES²³⁶¹.

Elle peut consister en des cris (« Vive... ! » par exemple) et des chants séditionnels proférés dans des lieux ou réunions publics, prévu par l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881²³⁶²,

²³⁵⁹Cass. crim., 29 octobre 1936, B. crim. n° 89.

²³⁶⁰Cass. crim., 25 février 1954, B. crim. n° 89.

²³⁶¹P. FABREGUETTES, *De la Complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste, Art. 59, 60 du Code pénal, lois des 29 juillet 1881, 28 juillet 1894, étude philosophique et juridique*, Paris : Editeur Chevalier-Marescq, 1894-1895, p. 54.

²³⁶²Toutefois, la jurisprudence préfère parfois appliquer d'autres incriminations, en les adaptant au regard de

ou bien il peut s'agir de la provocation indirecte à la discrimination, à la haine, ou à la violence, prévues aux articles 23 et 24 de la même loi²³⁶³. Ce texte, ancien et régulièrement modifié, est relatif notamment à la liberté de la presse et prévoit d'en limiter l'expression dès qu'elle est susceptible de provoquer indirectement des actes délictuels ou criminels. Les provocations indirectes n'exigent aucun lien objectif entre l'acte provocateur et l'acte provoqué, ou subjectif entre le provocateur et le provoqué, puisqu'aucune infraction n'est recommandée par le provocateur. C'est pourquoi elles sont plus difficilement appréciables que les provocations directes.

ROYER-COLLARD considérait d'ailleurs que « la provocation indirecte est une question extrêmement délicate. Telle phrase obscure n'est comprise par personne, qui devient claire par le procès qu'on lui suscite. L'auteur l'avait enveloppée de façon qu'elle n'était comprise que d'un petit nombre d'hommes exercés à toutes les ruses de l'esprit, et la justice la commente et l'explique de manière à la mettre à la portée du vulgaire le plus ignorant. Il me semble voir dans le texte des passages difficiles qui font le désespoir du commun des lecteurs, et, dans l'acte d'accusation ou le réquisitoire, la glose qui lève tous les voiles et qui dissipe toutes les obscurités »²³⁶⁴.

l'espèce. V. par ex. CA Toulouse, 19 janvier, D. 1894, 2, 8, s'agissant de l'application de l'infraction d'apologie de meurtre pour des expressions telles « Vive l'anarchie, Ravachol, Vaillant... » criées par des menés anarchistes en 1894.

²³⁶³Des auteurs considèrent la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence comme une provocation indirecte alors que d'autres la comprennent comme une « provocation simple » (V. en ce sens D. PORTOLANO, op. cit., p. 96). Cette dernière correspond au « jugement d'une opération de l'esprit humain » créant ainsi un état d'esprit criminel, où « il est impossible de trouver aucun des caractères du délit de droit commun » (M. FLOQUET, cité par P. FABREGUETTES, op. cit., p. 57). A notamment été considéré comme une provocation simple l'appel à la résistance aux lois et règlements pendant l'état de siège dans les TOM prévu par l'article 1^{er} du décret n° 47-1730 du 2 novembre 1947. Comme le remarque Mme Diane PORTOLANO, la provocation simple est très proche de la provocation indirecte au point qu'« il est arrivé que des personnes qui s'exprimaient sur le mode de l'apologie aient été condamnées en tant que provocateurs simples parce que leur intention était l'invitation à commettre un délit » (D. PORTOLANO, op. cit., n° 66, p. 95). Par ailleurs, la provocation simple se rapproche de la provocation directe dans la mesure où le provocateur simple va créer un lien direct entre acte provocateur et résultat incité. Toutefois, il semble surtout que la provocation simple puisse être considérée comme incitant non pas à un résultat mais à un comportement. C'est dire que cette distinction est plutôt d'ordre théorique que pratique.

²³⁶⁴V. E. AIGNAN, B. CONSTANT et al., *La Minerve française*, Paris : Bureau de la Minerve, 1818, t. 1, p. 331, rapportant les propos de P.-P. ROYER-COLLARD ; V. également les propos de M. DE COURVOISIER, alors rapporteur de la loi Serre du 17 mai 1819 : « Le juge pèsera le fait, l'intention et les circonstances. Tel écrit, tel discours peut être réputé provocation si quelque germe d'agitation fermente, et ne paraître qu'une opinion si le calme règne. Le but du projet de loi n'est point d'épargner ce que l'intérêt public veut qu'on réprime ; son effet doit être de protéger l'utile controverse, d'assurer le cours des simples doctrines, de séparer enfin l'erreur du délit et du crime, pour livrer les uns à la justice et réserver les autres au jugement de l'opinion ». M. DE SERRE lui répondit alors qu'« il y a provocation lorsqu'il y a malignité d'intention dans l'auteur et que l'effet du discours ou de l'écrit est ou a pu être tel qu'il dispose au crime ou au délit » (Propos rapportés par F. A. PIC, *Code des imprimeurs, libraires, écrivains et artistes, ou recueil et concordance des dispositions législatives qui déterminent leurs obligations et leurs droits*, Paris : Corby, 1826, p. 480 et spéc. p. 484 et p. 523).

LEBRETON considérerait, quant à lui, que « vouloir réprimer la provocation indirecte, c'est susciter de graves dangers, car, du moment où il n'y a plus de relation intime entre la provocation et le délit qui la suit, la relation nécessaire pour que le provocateur du délit soit puni comme complice, la voie est largement ouverte aux procès de tendance »²³⁶⁵.

Dans la mesure où la frontière entre propos licites et illicites est assez mince, de telles incriminations risquent fortement de remettre en cause la liberté d'expression²³⁶⁶. Toutefois, le législateur a choisi de ne pas punir toutes les provocations indirectes. Seules les plus graves le sont, notamment la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale, ethnique ou religieuse envers une personne ou un groupe de personnes²³⁶⁷ ou encore celle qui incite à rejeter une catégorie de personnes²³⁶⁸.

Certaines provocations indirectes sont générales, telle que la provocation à la discrimination fondée sur l'origine, l'appartenance ethnique, nationale, raciale ou religieuse. D'autres sont en revanche spéciales, telle que la provocation à la discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle ou le handicap.

La provocation indirecte revêt en quelque sorte un caractère de clandestinité alors même qu'elle peut avoir les mêmes effets qu'une provocation directe, puisqu'elle peut viser ou contribuer à créer un état d'esprit particulier générateur d'actes illicites.

1187. *La création par le provocateur de la représentation d'un résultat.* Si la provocation ne dicte pas un comportement déterminé, elle peut **inciter à rechercher un résultat**. Par exemple, la provocation à la discrimination incite à rejeter une catégorie de personnes. Ainsi, à la différence du provocateur qui souffle précisément une infraction, le provocateur crée la représentation d'une image mentale qui porte, non pas tant sur un comportement précis mais sur un résultat illicite à atteindre.

La provocation indirecte n'est pas sanctionnée si elle a pour objet l'incitation de conséquences moralement discutables mais non juridiquement sanctionnables²³⁶⁹. Toutefois,

²³⁶⁵A. LEBRETON, *De la provocation aux crimes et délits dans ses rapports avec les lois sur la presse*, Thèse Rennes, 1901, p. 35.

²³⁶⁶V. par ex. Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90.008, non publié au bulletin (s'agissant de l'application de l'article 24, alinéa 8) ; Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90.010, non publié au bulletin (s'agissant de l'application de l'article 24, alinéa 9).

²³⁶⁷V. Art. 24, al. 8 et Art. 4 al. 9 L. 29 juillet 1881 ; V. également à ce propos B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (ss dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris : Litec, 2009, n° 844. Les auteurs évoquent une rédaction large afin de qualifier plus facilement les propos insidieux ou ambigus, ne constituant pas un appel explicite à un passage à l'acte, mais favorisant un contexte de passage à l'acte.

²³⁶⁸V. par ex. CA Paris, 27 mai 1998, n° 9141/97 ; Cass. crim., 3 février 2009, n° 08-85.220, non publié au bulletin..

²³⁶⁹V. par ex. CA Paris, 7 avril 1999, n° 98/06817. Ne constitue pas une provocation à la haine raciale le fait

l'interprétation des propos provocateurs est parfois difficile et demande aux juges une appréciation qui fait la part entre la liberté d'expression et l'incitation à des actes illicites. Les propos doivent être insidieux pour être répréhensibles, les juges du fond devant établir, par exemple, une réelle provocation à la discrimination²³⁷⁰. Et la Haute Cour ne manque pas de contrôler une telle exigence²³⁷¹.

Par ailleurs, la provocation doit être non équivoque. Le provocateur, comme en matière de provocation directe, ne doit pas laisser le choix aux destinataires quant à l'interprétation des propos ou autres moyens d'expression. Dans ce sens, la provocation doit refléter l'intention du provocateur et un tel argument permet notamment de distinguer la provocation du second degré²³⁷². De plus, la provocation indirecte se distingue d'autres infractions dont l'objet n'est pas l'incitation mais l'injure ou la diffamation²³⁷³, dont l'objectif premier n'est aucunement un « appel à ».

Elle est tournée vers l'avenir. Ce qui la différencie de l'apologie qui, elle, est tournée vers le passé, puisqu'elle « est centrée soit sur un acte contraire au droit pénal soit sur l'auteur de cet acte »²³⁷⁴.

1188. ***La distinction entre apologie et provocation.*** Exprimant la plupart du temps une approbation du crime, l'apologie « consiste à décrire, présenter ou commenter une action en invitant à porter sur elle un jugement moral »²³⁷⁵. Elle est donc comparable à la provocation et trouve une certaine dangerosité.

D'une part, plus « lente » que la provocation directe, elle peut être plus sûre en visant le but incité²³⁷⁶. En effet, l'apologie peut être vue comme le fait de donner en exemple un crime

d'imputer une responsabilité collective au peuple juif pour la mort du Christ et le refus de la grâce de celui-ci. Pour les juges du fond, « ces imputations ne sont pas faites à la communauté juive d'aujourd'hui ». Par ailleurs, ils relèvent notamment qu'« une telle approche des événements en cause peut être vigoureusement discutée et critiquée [...] mais elle ne contient pas les éléments constitutifs d'une incitation à la haine à l'égard d'une entité ou d'une ethnie se situant dans la période contemporaine ».

²³⁷⁰V. également Cass. crim., 29 janvier 2008, B. crim. n° 25, AJP 2008, p. 141, obs. M.-E. CHARBONNIER, D. 2009, p. 1779, obs. J.-Y. DUPEUX. Les juges doivent établir que « le propos tendant, tant par son sens que par sa portée, à provoquer autrui à la discrimination, à la haine ou à la violence ».

²³⁷¹Cass. crim., 16 juillet 1992, B. crim. n° 273.

²³⁷²V. sur ce point J.-B. THIERRY, *Provocation aux crimes et délits*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 60, 2017, n° 32.

²³⁷³V. par ex. CA Paris, 26 septembre 1996, n° 1547/95.

²³⁷⁴B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER (ss dir.), *Traité de la presse et des médias*, op. cit. n° 860.

²³⁷⁵J.-H. ROBERT, *Apologies et provocations de crimes et délits*, J.-Cl. Communication, fasc. 124, 2015, n° 4.

²³⁷⁶Pour M. POURQUERY DE BOISSERIN, « la louange du crime est la plus directe des provocations. Pour les esprits faibles, elle transforme les pires scélérats en héros ; pour les aigris, les malheureux, les désespérés, les utopistes, elle ajoute à leur désespérance le mirage de la renommée, excite leur imagination déjà exaltée par la souffrance. Cette provocation par l'approbation et la louange sera désormais punie » (Propos rapportés par M.

déjà accompli ou un criminel.

D'autre part, l'apologie se rapproche de la provocation indirecte dans la mesure où elle ne définit pas directement l'acte qui serait accompli sous son influence.

Toutefois, l'apologie s'en distingue dans la mesure où n'est pas exigée l'expression d'une volonté de voir se renouveler les actions approuvées²³⁷⁷. D'ailleurs, le législateur a également prévu de sanctionner l'apologie « négative » qui consiste, par exemple, à nier des crimes condamnés au tribunal militaire international de Nuremberg, prévu par l'article 24 bis de la loi de 1881 sur la liberté de la presse²³⁷⁸. Et la jurisprudence considère bien que l'apologie et la provocation n'ont pas à être confondues, leurs éléments constitutifs étant différents²³⁷⁹.

Toute apologie ne fait pas l'objet d'une incrimination. En effet, certaines sont exclues de la répression comme l'apologie du suicide²³⁸⁰. Comme pour les provocations, le législateur a prévu de ne sanctionner que celles présentant une certaine gravité, mais elles trouvent un objet plus large. Sont, en effet, réprimées les apologies relatives aux crimes contre la vie²³⁸¹ et l'intégrité, contre les biens²³⁸², les crimes de guerre²³⁸³ ou contre l'humanité²³⁸⁴ ou encore les actes terroristes²³⁸⁵.

Là encore, les juges devront concilier liberté d'expression et trouble à l'ordre public. Par exemple, dans un arrêt du 7 décembre 2004, la chambre criminelle a considéré que l'apologie de crime de guerre était caractérisée dans un ouvrage décrivant l'emploi de la torture et la

P. FABREGUETTES, *De la Complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Art. 59, 60 du Code pénal, lois des 29 juillet 1881, 28 juillet 1894, étude philosophique et juridique, Paris : Editeur Chevalier-Marescq, 1894-1895, p. 62.

²³⁷⁷V. par ex. Cass. crim. 11 février 1954, Gaz. Pal. 1954, 1, p. 131, RSC 1954, p. 367, obs. L. HUGUENEY.

²³⁷⁸J.-B. THIERRY, op. cit., n° 54 et s. L'auteur évoque le révisionnisme. Selon l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, modifiée plusieurs fois et récemment par la loi 2017-86 du 27 janvier 2017 pour y inclure la banalisation des crimes de génocide ou de réduction en esclavage, seront punis « ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

²³⁷⁹Cass. crim., 11 juillet 1972, B. crim. n° 236.

²³⁸⁰On se rappellera de la censure de l'ouvrage « Suicide mode d'emploi » en 1987 car son auteur propose des « recettes » permettant de se suicider. V. Cass. crim., 26 avril 1988, B. crim. n° 178, p. 459.

²³⁸¹V. par ex. TGI Paris, 12 septembre 1995, n° 95/0120472/5 ; CA Paris, 6 juillet 1988, n° 643/88.

²³⁸²V. par ex. Cass. crim., 2 novembre 1978, B. crim. n° 294, p. 759.

²³⁸³V. par ex. CA Agen, 13 novembre 1987, n° 87/0/423. L'apologie d'un criminel de guerre s'apparente à une apologie du crime ; CA Paris, 20 novembre 1991, n° 90-9088 et 91-0386. Constitue une apologie au crime le fait de louer et de regretter Adolf Hitler.

²³⁸⁴V. par ex. CA Paris, 16 décembre 1993, n° 5865/93.

²³⁸⁵V. par ex. pour une apologie retenue CA Paris, 2 juin 2004, n° 03/05005 ; et CA Paris, 2 juin 2004, n° 03/05005, pour une apologie non caractérisée. Ne commet pas une apologie au terrorisme l'humoriste qui déclare « préférer le charisme de Ben Laden à celui du président des États-Unis, [...], dès lors que ces propos ont été tenus en réponse à une question ne portant pas sur les attentats du 11 septembre 2001, mais sur leur répercussion ».

pratique des exécutions sommaires pendant la guerre d'Algérie²³⁸⁶, dans la mesure où en rapportant l'efficacité de telles pratiques, l'écrit tendait à légitimer ces pratiques et par voie de conséquence conduisait à porter sur elles un jugement favorable²³⁸⁷. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme a statué qu'était constituée ici une violation de l'article 10 de la Convention²³⁸⁸, par une décision non nécessaire dans une société démocratique.

Toutefois, M. le Professeur Jean-Baptiste THIERRY soulève justement qu'une telle solution s'explique²³⁸⁹ « en raison de l'ancienneté des faits. La juridiction européenne est, en effet, attentive au contexte dans lequel les propos litigieux ont été tenus, ce qui justifie qu'elle estime qu'une condamnation pour apologie d'actes de terrorisme n'est pas disproportionnée au sujet de dessins relatifs aux attentats du 11 septembre 2001, parus le 13 septembre suivant, dans une région politiquement sensible - le pays basque »²³⁹⁰.

1189. ***Le rappel non créateur d'une image mentale par l'apologiste.*** L'apologie peut consister soit à justifier un acte favorablement – que l'infraction soit consommée ou simplement tentée²³⁹¹ - soit l'auteur d'un acte²³⁹², soit encore à contester le jugement d'un acte par le tribunal militaire international de Nuremberg²³⁹³. Dans tous les cas, il **ne saurait ici être question de la création d'une représentation par l'apologiste**, celui-ci ne faisant que rappeler une image mentale préexistante. Si l'apologie peut susciter une certaine passion chez certains individus et entraîner la réitération du résultat ou du comportement « sublimé »²³⁹⁴, elle n'est pas un acte de

²³⁸⁶Sur la quatrième de couverture, les requérants présentent l'ouvrage litigieux comme le récit d'un agent secret qui avait participé durant la guerre d'Algérie à une mission de « lutte[...] par tous les moyens contre la rébellion et le terrorisme érigé en système par le FLN », et qui, « sans fausse honte et sans complaisance, [...] ose dire une vérité souvent difficile, parle de la torture et des exécutions sommaires » et « décide de raconter avec une franchise impressionnante, comment il a accompli sa mission ».

²³⁸⁷Cass. crim., 7 décembre 2004, B. crim. n° 310, Dr. pén. 2005, comm. 20, note M. VERON.

²³⁸⁸CEDH, 15 janvier 2009, n° 20985/05, §54 : « Au regard de ce qui précède, et compte tenu tout particulièrement de la singulière importance du débat d'intérêt général dans lequel s'inscrivait la publication de Services Spéciaux Algérie 1955-1957, les motifs retenus par le juge interne ne suffisent pas pour convaincre la Cour que la condamnation des requérants à raison de celle-ci était « nécessaire dans une société démocratique ». Elle conclut en conséquence à la violation de l'article 10 de la Convention ».

²³⁸⁹J.-B. THIERRY, *Provocation aux crimes et délits*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 60, 2017, n° 52.

²³⁹⁰CEDH, 2 octobre 2008, n° 36109/03, Comm. com. électr. 2009, comm. 49, note A. LEPAGE, JCP G 2008, I, 209, n° 5, note. B. DE LAMY.

²³⁹¹Cass. crim., 5 avril 1965, B. crim. n° 114, s'agissant de la sanction de l'apologie du crime de tentative de meurtre, dans la mesure où « la tentative d'un crime, telle qu'elle est définie par l'article 2 du Code pénal, est considérée comme le crime même ».

²³⁹²V. par ex. Cass. crim., 24 octobre 1967, B. crim. n° 263.

²³⁹³V. par ex. Cass. crim., 9 octobre 1995, n° 92-83665, non publié au bulletin.

²³⁹⁴On peut d'ailleurs se demander si certaines œuvres littéraires ou encore audiovisuelles ne peuvent pas constituer des apologies, au moins implicites, de certains actes ou de certains individus. Nonobstant la liberté dont bénéficie la création, on ne saurait justifier pour autant une liberté totale. En matière audiovisuelle par exemple, selon l'article R. 211-4 du Code du cinéma et de l'image animée, les comités de classification mentionnés à l'article R. 211-27 du même Code visionneront les œuvres, en vue d'établir un rapport au président de la

provocation²³⁹⁵. La jurisprudence refuse d'ailleurs de considérer que l'apologie soit synonyme d'éloge ou de provocation directe²³⁹⁶. Ce que nous comprenons dans la mesure où l'apologiste n'appelle pas, ni ne souffle, la commission d'une infraction. L'apologiste rappelle un comportement ou un auteur, mais ne cherche pas à avoir la même influence déterminante que le provocateur.

1190. ***Pour conclure sur la représentation créée par la provocation.*** Ces différents points mettent en évidence les éléments caractéristiques du contenu d'une provocation punissable. Elle doit explicitement, directement ou indirectement, évoquer une infraction. La simple idée suggérée n'est pas suffisante pour être représentative et susceptible de provoquer la commission d'actes illicites, non plus *a priori* que l'apologie d'un événement passé.

La provocation est en effet tournée vers le futur, elle **crée la représentation d'un agissement illicite** qui peut porter soit sur un comportement précis, soit sur un simple résultat, mais elle ne laisse jamais le choix aux destinataires quant à l'interprétation des propos ou autres moyens d'expression employés. Que la provocation soit directe ou indirecte, verbalisée ou non, elle propose un modèle illicite aux provoqués qui l'a reçoivent telle qu'elle, risquant alors fortement d'entraîner une personnalité délictueuse si la représentation est prise en exemple. Même indirectes, les provocations créent un climat propice à la commission d'une infraction. La création d'une représentation illicite par le provocateur peut alors viser un ou plusieurs individus.

B. La communication de la représentation créée par le provocateur

1191. ***Une communication individuelle ou collective.*** Les provocations peuvent s'adresser aussi bien à un public élargi (1) qu'à une seule personne, voire une personne déterminée (2). Certains textes ne prévoient pas le caractère individuel ou collectif de la

commission de classification. Il donnera un avis au ministre chargé de la culture pour prendre la décision de délivrer ou non un visa pour la représentation de l'œuvre (art. R. 211-10 C. cin.). On peut remarquer sur ce point qu'il s'agira davantage d'une interdiction ou d'une limitation de l'œuvre audiovisuelle aux mineurs d'une certaine tranche d'âge.

²³⁹⁵On peut remarquer toutefois que la provocation et l'apologie sont souvent prévues dans le même texte d'incrimination.

²³⁹⁶Cass. crim., 7 décembre 2004, n°03-82.832, Gaz. Pal. 2005, n° 152, p. 24 ; V. également, D. DASSA, Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ?, Gaz. Pal., 2015, n° 55, p. 8.

provocation et l'on peut considérer dans ce cas que la provocation peut relever des deux catégories. Selon l'article 221-5-1 du Code pénal par exemple, sanctionnant la provocation à l'assassinat ou à l'empoisonnement, est puni « le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat, ou un empoisonnement [...] lorsque ce crime n'a été ni commis ni tenté ». Le texte individualise la provocation car il est probable qu'elle s'adresse la plupart du temps à une personne déterminée sans faire la publicité du projet criminel. L'engagement de la responsabilité du provocateur sera cependant *a fortiori* possible s'il fait un appel public.

1) *Des provocations publiques et impersonnelles : une communication large de la représentation*

1192. *Une provocation impersonnelle.* Le provocateur peut s'adresser à plusieurs voire de nombreux individus. Lorsqu'elle est publique, la provocation est alors dite impersonnelle, entrée dans le domaine public, notamment par la voie de presse, des médias mais également d'autres voies possibles imaginées par le provocateur. Non seulement celui-ci crée mais il **communique la représentation** d'une image mentale illicite à des individus indéterminés.

1193. *Les moyens de communication de la provocation publique.* Le législateur prévoit parfois expressément les moyens de communication, matérielle ou immatérielle, de la provocation. La loi du 29 juillet 1881²³⁹⁷ en donne une définition large en son article 23 qui prévoit comme moyens de provocation publique les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique »²³⁹⁸.

²³⁹⁷L. 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (JO 30 juillet 1881, p. 4201).

²³⁹⁸Quelques remarques peuvent être faites à l'égard du texte. D'une part, selon R. MERLE, A. VITU (*Traité de droit criminel*, op. cit., n° 1556), « des trois termes par lesquels débute la formule de l'article 23, celui de menaces est inutile, car il n'ajoute rien à ce qu'apportent déjà les autres mots ». En outre, le terme « écrits » devraient pouvoir englober les dessins, gravures, peintures et emblèmes qui représentent des images. Mme J. POUYANNE (*L'auteur moral de l'infraction*, op. cit. n° 739, p. 624) considère que la formule « tout support de l'écrit, de la parole ou de l'image » suffirait à intégrer l'ensemble des circonstances matérielles de la

Si l'article est prévu en matière de provocation directe suivie d'effet, l'article 24 sanctionnant les provocations non suivies d'effet fait référence à ce texte d'incrimination afin de préciser la façon dont elles peuvent se commettre. Par ailleurs, d'autres textes inscrits dans le Code pénal ou autres *corpus* renvoient expressément aux mêmes moyens de communication²³⁹⁹, tel que l'article 431-6 alinéa 2 du Code pénal en matière de provocation à un attroupement armé²⁴⁰⁰.

La définition des moyens de publication est donc large et non exclusive. C'est pourquoi dans un arrêt du 20 septembre 2013, la cour de Nîmes a considéré qu'un t-shirt pouvait être un support suffisant pour permettre une publicité en interdisant le port d'un maillot à un élève sur lequel on pouvait lire un message en faveur des attentats du 11 septembre 2001²⁴⁰¹. Pour M. le Professeur Emmanuel DREYER, « la condition de publicité est remplie chaque fois qu'un message est susceptible d'atteindre un public indéterminé : l'émetteur ne choisit pas ses récepteurs »²⁴⁰².

La jurisprudence en matière d'infractions de presse ou tout autre moyen de publication peut fournir des indications quant aux moyens de communications transposables aux autres provocations publiques, notamment pour les provocations qui trouveraient comme contenu davantage des propos que des gestes de la part du provocateur (a). En revanche, les solutions en cette matière, exclusives du fait que la communication concerne des personnes liées par une communauté d'intérêts ne pourront pas, semble-t-il, s'appliquer à d'autres provocations (b).

provocation publique.

²³⁹⁹Certains textes précisent de tels moyens (ex. Art. 431-6 al. 2 C. pén.), alors que d'autres renvoient à la loi du 29 juillet 1881 (ex. Art. L. 3421-4 C. sant. publ.).

²⁴⁰⁰« soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image »

²⁴⁰¹CA Nîmes, 20 septembre 2013, n° 13/00687, Comm. com. électr. 2014, comm. 38, A. LEPAGE ; V. également confirmation Cass. crim., 17 mars 2015, B. crim. n° 56, Comm. com. électr. 2015, comm. 43, A. LEPAGE ; On peut également remarquer que le Conseil d'État a considéré comme support de publication une stèle commémorative faisant l'apologie de crimes commis pendant la guerre d'Algérie (CE, 14 novembre 2011, n° 340753).

²⁴⁰²V. notamment E. DREYER, *Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire*, art. R. 621-1 et R. 621-2/R. 624-3 à R. 624-6, J.-Cl. Pénal Code, fasc. 20, 2017, n° 92 et 93. « Devant l'incertitude que génère cette recherche, l'on ne peut s'empêcher de penser qu'il aurait été préférable de renvoyer au Code pénal l'ensemble des infractions de parole – que ces paroles soient exprimées publiquement ou non – qui ne doivent pas obéir aux mêmes règles de poursuites que les infractions commises par les médias car elles ne génèrent pas le même trouble à l'ordre public et n'appartiennent pas à la même forme de délinquance. D'ailleurs, le caractère inévitable de cette distinction se trouve établi par la loi du 29 juillet 1881 elle-même qui est contrainte, dans son Chapitre V, de consacrer un paragraphe entier et spécifique aux seules “personnes responsables des crimes et délits commis par la voie de la presse” ».

a) Les moyens de communication communs aux provocations publiques

1194. **Les moyens matériels de communication.** Pour caractériser une provocation publique, les propos ou encore les actions du provocateur doivent être tenus, distribués ou accomplis dans un lieu public ou lors d'une réunion publique²⁴⁰³. Ainsi réalise un acte de publicité par un moyen matériel, le fait de lire un tract à l'aide d'un haut-parleur, pendant plusieurs heures sur le parvis d'un palais de justice²⁴⁰⁴, ou encore la radiodiffusion ou la télédiffusion de propos ou d'images, la télévision et la radio étant par essence des moyens de transmission d'émissions publiques²⁴⁰⁵, ce que ne peuvent ignorer les participants.

1195. **Compréhension de la condition de publicité.** La condition de publicité paraît tout à fait logique puisque le comportement du provocateur doit pouvoir toucher un nombre indéterminé d'individus, « peu importe en réalité le statut juridique du lieu dont il s'agit »²⁴⁰⁶. Dans ce sens, la Cour de cassation a considéré que « selon les dispositions de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, il n'y a publicité légalement constatée, en ce qui concerne les placards ou les affiches, qu'autant qu'il est spécifié que ceux-ci ont été exposés au regard du public »²⁴⁰⁷.

En outre, « tandis que la vente, la mise en vente et la distribution constituent, par elles-mêmes, une publication suffisante de la pensée rendue par l'écriture ou par le dessin, l'exposition n'est une publication que sous la condition d'avoir été faite dans un lieu public ou dans une réunion publique »²⁴⁰⁸.

Toutefois, selon la chambre criminelle, dans un arrêt du 23 mai 1955, l'article 431-6 du Code pénal²⁴⁰⁹ n'exige pas que l'appel à l'attroupement soit opéré par l'emploi cumulatif des

²⁴⁰³ L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit expressément que les propos doivent être tenus ou, sur un tract, distribués dans un lieu public ou lors d'une réunion publique.

²⁴⁰⁴ V. Cass. crim., 1^{er} septembre 2005, n° 04-85542, non publié au bulletin, Dr. pén. 2005, comm. 172, note M. VERON ; Comm. com. électr. 2006, comm. 73, obs. A. LEPAGE ; V. également Cass. crim., 11 juillet 2017, à paraître au bulletin. La Cour de cassation a considéré que la Cour de Bourges avait bien caractérisé l'apologie à des actes terroristes à l'égard d'un individu dont les propos tendaient à justifier les attentats commis en France en mars 2012 et janvier et novembre 2015, alors qu'il les avait tenus « en présence des seuls gendarmes qui l'escortaient, dans un fourgon cellulaire ou dans les geôles du tribunal devant lequel il devait comparaître, circonstances exclusives de toute volonté de rendre lesdits propos publics ».

²⁴⁰⁵ Peu importe que les lieux où elles sont réalisées soient privés. C'est bien la communication du message qui importe. V. notamment T. corr. Bourges, 19 juillet 1934, D. 1934, 2, p. 121, note DESBOIS.

²⁴⁰⁶ E. DREYER, op. cit., n° 95.

²⁴⁰⁷ Cass. crim., 8 octobre 1974, B. crim. n° 280.

²⁴⁰⁸ D. DALLOZ, G. GRIOLET, C. VERGE, *Jurisprudence générale, Supplément au répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris : Bureau de la jurisprudence générale, t. 13, 1893, n° 511, p. 331 (cité par E. DREYER, op. cit., n° 96).

²⁴⁰⁹ Art. 107 ancien C. pén.

moyens de propagande qu'il énumère ; il suffit, au contraire, pour que le délit soit consommé et au regard de la lettre même de ces dispositions, que la provocation ait recouru soit à des discours proférés publiquement, soit à des distributions ou affichages d'écrits ou d'imprimés²⁴¹⁰. En effet, le texte d'incrimination est plus large puisqu'il réprime la provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image.

1196. ***Les moyens immatériels de communication.*** Par ailleurs, le législateur a également prévu des moyens de publication immatériels, et notamment Internet. Ainsi, pour la jurisprudence, « la diffusion litigieuse sur le réseau Internet, à destination d'un nombre illimité de personnes nullement liées par une communauté d'intérêt constitue un acte de publicité commis dès que l'information a été mise à la disposition des utilisateurs éventuels du site »²⁴¹¹.

En revanche, ne saurait être poursuivie la personne qui émet des propos relevant de la communication confidentielle, et à ce titre les réseaux sociaux peuvent être entendus comme un mode de communication non publique, mais tout dépendra de l'appréciation des juges²⁴¹².

Pour le Professeur Emmanuel DREYER, « dès lors qu'il n'est pas transmis, en « copie conforme », à un ou plusieurs autres destinataires, [un courrier électronique] conserve un caractère confidentiel qui empêche toutes poursuites sur le fondement de la diffamation ou de l'injure non publique »²⁴¹³. Dans ce sens, constitue un acte de provocation publique l'envoi d'un message avec copie à des personnes sans lien entre elles²⁴¹⁴ ou encore des messages échangés sur des forums de discussion²⁴¹⁵. Cette restriction « tient à l'hypothèse dans laquelle les personnes inscrites dans la liste de diffusion, ou les personnes participant au forum de discussion, sont liées entre elles par une communauté d'intérêt dans le cadre de laquelle le message fut naturellement exprimé. Cela suppose une liste *a priori* restreinte et un contrôle de

²⁴¹⁰ Cass. crim., 23 mai 1955, B. crim. n° 258, D. 1955. 655 ; V. également Cass. crim. 26 juillet 1955, B. crim. n° 371 ; Cass. crim., 30 janvier 2001, B. crim. n° 28, p. 75, JCP G 2001, II, 10515, note A. LEPAGE.

²⁴¹¹ CA Paris, 23 juin 2000, Légipresse, nov. 2000, III, p. 182, note C. ROJINSKY ; V. également TGI Paris, 7 mars 2005, Comm. com. électr. 2005, comm. 144, obs. A. LEPAGE.

²⁴¹² V. E. PIERROUX, *Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre « amis »*, Gaz. Pal., 2015, p. 4.

²⁴¹³ E. DREYER, op. cit., n° 102. L'auteur remarque toutefois qu'« exceptionnellement, il a été admis qu'un courrier adressé par un individu à son demi-frère, avec copie à ses deux sœurs, conservait son caractère confidentiel » (V. Cass. crim., 3 novembre 2015, n° 14-83.128 non publié au bulletin, D. 2016, p. 282, obs. E. Dreyer). Cette pluralité n'a donc pas suffi à transformer l'acte en communication non publique dont le demi-frère mis en cause, s'estimant victime d'une diffamation, aurait pu se prévaloir.

²⁴¹⁴ V. Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-85249, non publié au bulletin ; Dr. pén. 2009, comm. 105, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 6 janvier 2015, n° 13-87885, non publié au bulletin, D. 2016, pan., p. 282, obs. E. DREYER.

²⁴¹⁵ V. CA Paris, 5 juin 2003, n° 2002/10950, Comm. com. électr. 2004, comm. 35, note A. LEPAGE.

l'accès au forum de discussion »²⁴¹⁶.

b) La communication publique exclusive de la diffusion à des personnes liées par une communauté d'intérêts

1197. ***L'existence d'une communauté d'intérêts.*** En matière de provocation publique par voie de presse ou tout autre moyen de publication, la jurisprudence semble intégrer un critère négatif supplémentaire afin de considérer la provocation collective : la provocation est publique seulement si elle s'adresse à des personnes qui ne sont pas liées par une communauté d'intérêt²⁴¹⁷.

La Cour de cassation a ainsi considéré que « la diffusion de la lettre à plusieurs destinataires qui ne formaient pas entre eux un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts caractérisait la publicité »²⁴¹⁸ ; ou encore qu'« une affiche devient publique dès lors qu'elle est visible par d'autres que les syndiqués auxquels elle s'adresse »²⁴¹⁹. Ainsi faut-il comprendre qu'il n'y a pas publicité lorsque la diffusion du message touche des individus liés entre eux par une communauté d'intérêt, tels que des membres d'une association, d'un syndicat, d'une société, etc²⁴²⁰.

Dans ce sens, M. le Professeur Michel VERON considère que « la publicité ne dépend pas du nombre de destinataires mais de la composition du groupe »²⁴²¹. Et M. le Professeur Edouard VERNY ajoute que « le propos diffamatoire ou injurieux envers autrui, proféré dans une file d'attente, peut être considéré comme public alors que le même propos proféré au sein d'un groupe plus important peut être déclaré non public dès lors que ce groupe s'est constitué autour d'un simple intérêt partagé ou plus durablement autour d'une identité commune »²⁴²². Un auteur a regretté la confusion de la jurisprudence en citant, à l'opposé, un arrêt qui, s'agissant

²⁴¹⁶V. notamment E. DREYER, op. cit., n°103.

²⁴¹⁷Cass. crim., 2 mars 2004, n° 03-82549, non publié au bulletin, Dr. pénal 2004. Comm. 104, note M. VERON.

²⁴¹⁸Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 2002, n° 00-16985, non publié au bulletin, Dr. pén. 2002, comm. 51, note M. VERON ; V. également Cass. crim., 16 mars 2010, n° 09-84.160, non publié au bulletin, Comm. com. électr. 2010, comm. 67, obs. A. LEPAGE.

²⁴¹⁹V. Cass. crim., 9 décembre 2014, n° 13-86.917, B. crim. n° 259, Comm. com. électr. 2015, comm. 13, obs. A. LEPAGE, D. 2015, p. 342, obs. E. DREYER.

²⁴²⁰Par ex. Cass. crim., 24 novembre 1992, B. crim. n° 38 ; Cass. crim., 26 janvier 1993, B. crim. n° 41.

²⁴²¹M. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris : Sirey, 15^{ème} éd., 2015, n° 319, p. 189.

²⁴²²V. E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris : LGDJ, 2002, n° 7, p. 4. ; V. également P. AUVRET, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP 1999, I, 108, n° 6, précisant que la communauté d'intérêts n'est pas un public car ce dernier est par définition inconnu et imprévisible, rendant alors dangereux et efficace l'acte provocateur.

d'une lettre distribuée aux membres d'un conseil municipal, avait refusé d'admettre une communauté d'intérêt entre eux²⁴²³. Toutefois, « cette solution constante est sans doute inspirée par l'idée que l'intérêt défendu est alors l'intérêt de tous et non celui du petit groupe de participants »²⁴²⁴.

GOYET, quant à lui, a tenté de donner un indice permettant d'établir la condition tenant à l'intérêt commun liant les provoqués. En effet, selon lui, « lorsque des paroles injurieuses ou diffamatoires ont été proférées au sein d'une réunion de personnes, assemblées pour un objet déterminé, telle qu'un syndicat, un groupement, une réunion d'affaires, il faut distinguer selon que les propos incriminés se rapportent ou non à l'**objet de la réunion**. Dans la négative, il résultera en général de la présence même des auditeurs assemblés que l'injure ou la diffamation a été rendue publique. Dans l'affirmative, c'est-à-dire si les propos tenus entrent dans l'objet même de la réunion, aucune infraction [de 1881] ne sera généralement constituée »²⁴²⁵. Toutefois, le Professeur DREYER remarque que cette exigence « ne s'impose qu'à partir du moment où il y a doute sur le caractère public ou non de la réunion. Elle constitue effectivement un indice supplémentaire et non un élément de preuve obligatoire entravant la répression »²⁴²⁶.

Il faut noter que ce critère est difficilement admissible en d'autres domaines. Par exemple, en matière de provocation à un attroupement armé, il paraît assez contestable de ne pas caractériser l'infraction dans le cas où le provocateur aurait incité, par la distribution d'un écrit, par exemple, les membres d'un syndicat, d'une association ou encore de tout groupement, liés par une communauté d'intérêt, à se munir d'armes et à se rassembler sur la voie publique.

1198. ***Pour conclure sur la communication publique d'une représentation illicite.*** Émise dans un lieu public, lors d'une réunion publique ou par des moyens de communication publique, incontestablement la provocation à l'infraction peut être **réceptionnée à grande échelle**. Pour un provocateur manipulateur, la provocation impersonnelle peut alors représenter le moyen de communiquer des représentations auprès d'un large public. On pense à des meneurs négatifs de foule dont l'histoire donne quelques exemples²⁴²⁷.

La communication de modèles illicites peut également se réaliser dans un contexte plus

²⁴²³M. VERON, Dr. pén. 2000, comm. 1, note sous Cass. crim., 3 juin 1997, n° 96-81.706, B. crim. n° 218.

²⁴²⁴E. DREYER, *Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire*, art. R. 621-1 et R. 621-2/R. 624-3 à R. 624-6, op. cit., n° 97 ; V. Cass. crim., 24 novembre 1992, B. crim. n° 385 ; Cass. crim., 29 mars 1994, B. crim. n° 119 ; Cass. crim., 5 octobre 1999, B. crim. n° 203.

²⁴²⁵F. GOYET, *Droit pénal spécial*, Paris : Sirey, 1972, 8^{ème} éd., n° 885, p. 613.

²⁴²⁶E. DREYER, op. cit., n° 98.

²⁴²⁷Certains historiens concèdent à Hitler un grand charisme, que l'on définit par l'influence que peut exercer sur une foule une personnalité dotée d'un prestige et d'un pouvoir important de séduction.

restreint et sans publicité.

2) *Des provocations non publiques et à personnes déterminées : une communication limitée de la représentation*

1199. *Une communication limitée.* La provocation peut être faite de manière non publique, ce qui peut éventuellement poser quelques difficultés d'interprétation, puisque cette dernière notion est « négative ». En outre, les provocations sont dites personnelles lorsqu'elles s'adressent à une personne déterminée. Il ne s'agit pas d'une communication à titre confidentiel, mais limitée.

1200. *Des provocations non publiques.* L'article R. 625-7 du Code pénal prévoit la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison, soit, de leur origine ou de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur handicap²⁴²⁸.

Le Professeur DREYER explique que la notion de « "non-publicité" ne peut se définir que par opposition à la publicité »²⁴²⁹. Au regard de ce que l'on a pu dire sur la provocation publique, « le critère de distinction [entre communication publique et communication non publique] réside dans cette détermination ou indétermination du public destinataire : un discours prononcé devant une foule est considéré comme tenu publiquement ; inversement, un imprimé distribué aux seuls membres d'une association est considéré comme non public »²⁴³⁰. Dans ce sens, ne peut être considéré comme publique les propos litigieux contenus dans une lettre adressée sous pli fermé aux seuls membres d'un groupement déterminé²⁴³¹.

Lorsque les textes d'incrimination ne précisent pas spécifiquement si la provocation doit être publique ou non publique, les articles 23 (provocation suivie d'effet) et 24 (non suivie d'effet) de la loi de 1881 s'appliqueront. Cela signifie que les infractions de provocation, sans précision dans le texte, sont à considérer, par principe, comme non publiques. Et lorsqu'elles

²⁴²⁸Il faut noter que la provocation non publique à la discrimination en raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap n'est constitutive d'une infraction que s'il s'agit d'une provocation à une discrimination pénalement sanctionnée, prévue par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal.

²⁴²⁹E. DREYER, op. cit., n° 91.

²⁴³⁰Ibid.

²⁴³¹Cass. crim., 8 août 1949, B. crim. n° 283 ; Cass. crim., 12 juillet 1983, B. crim. n° 22.

sont commises par l'un des moyens de publicité prévus par la loi de 1881, cette dernière s'appliquera.

D'ailleurs, le législateur le précise expressément pour certaines infractions. Tel est le cas par exemple de la provocation de mineurs à des actes illicites ou immoraux. En effet, les articles 227-24 et 227-28 du Code pénal prévoient que lorsque les infractions de provocations de mineurs sont commises par la voie de presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, « les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ». Ces infractions sont donc par principe non publiques mais peuvent devenir publiques.

1201. ***Des provocations déterminées.*** En outre, le législateur prévoit expressément dans les textes d'incriminations que la provocation peut être faite à personne déterminée. Par exemple, en matière de provocation à la haine ou à la violence lors d'une manifestation sportive ou de sa retransmission en public dans une enceinte sportive, le texte d'incrimination prévoit que les destinataires de la provocation sont les spectateurs²⁴³².

Par ailleurs, les infractions de provocation de mineurs à des actes illicites sont dites spéciales dans la mesure où est prise en compte pour leur caractérisation la qualité du provoqué. Elles visent donc une personne déterminée : le mineur²⁴³³. Puisqu'elles peuvent se faire par voie de presse, ces provocations peuvent être collective²⁴³⁴ et viser un groupe de mineurs. Le juge devra alors apprécier la volonté spéciale du provocateur de viser un ou des mineurs dans le groupe hétérogène²⁴³⁵.

²⁴³² Art. L. 332-6 C. sport : « Lors d'une manifestation sportive ou de la retransmission en public d'une telle manifestation dans une enceinte sportive, le fait de provoquer, par quelque moyen que ce soit, des spectateurs à la haine ou à la violence à l'égard de l'arbitre, d'un juge sportif, d'un joueur ou de toute autre personne ou groupe de personnes est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

²⁴³³ On peut noter que pour la provocation d'un mineur de quinze ans, les peines sont aggravées. Par exemple selon l'article 227-19 du Code pénal « Le fait de provoquer directement un mineur à la consommation excessive d'alcool est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Le fait de provoquer directement un mineur à la consommation habituelle d'alcool est puni de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou que les faits sont commis dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux le fait de se rendre coupable de l'une des infractions définies au présent article porte au double le maximum des peines encourues ».

²⁴³⁴ V. en ce sens Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris : Litec, 3^{ème} éd., 2007, n° 388.

²⁴³⁵ Le provocateur d'une foule hétérogène n'a pas nécessairement l'intention de provoquer des mineurs. Toutefois si la foule ou le groupe est composé exclusivement de mineurs, l'intention de provoquer un tel public ne posera aucune difficulté d'appréciation. V. sur ce point F. ARCHER, *Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux*, Art. 227-18 à 227-21, J.-Cl. Pénal Code, fasc. 20, 2010, n° 12.

1202. ***Pour conclure sur la communication d'une représentation illicite.*** Si la représentation créée par le provocateur doit toujours être communiquée, elle peut l'être publiquement ou de façon plus limitée. Non publique ne signifie pas tant que la provocation est individuelle mais qu'elle s'adresse à un groupe restreint de personnes.

La provocation est donc fréquemment dirigée vers une pluralité et une multitude et nous avons vu dans les chapitres précédents combien ces regroupements pouvaient favoriser des imitations par « esprit de groupe » ou par contagion. Les dispositions législatives permettent d'appréhender les différentes formes de provocations, y compris les « non publiques » et quelque soit le moyen utilisé pour **communiquer la représentation d'un agissement illicite, a fortiori lorsqu'il s'agit d'un modèle négatif à suivre**. On pense notamment aux possibilités que peuvent fournir à des provocateurs manipulateurs les nouveaux moyens de communication dématérialisés pour diffuser des représentations et entraîner des groupes « à distance », comme les provocations à des actes terroristes réalisées par le biais d'internet²⁴³⁶.

Toutefois, il reviendra aux juges de vérifier l'intention de l'agent de provoquer à un acte illicite.

C. L'intentionnalité de la provocation : une volonté de communiquer la représentation créée d'une image mentale illicite

1203. ***Des provocations intentionnelles.*** Toutes les infractions de provocations sont intentionnelles. Par principe, elles appellent toutes un dol général qui consiste à avoir eu la conscience de commettre un acte répréhensible et la volonté de voir la personne provoquée passer à l'acte, même si cela n'a pas été le cas. Si la preuve de cette intention peut s'avérer difficile, la Cour de cassation semble parfois se référer à une présomption de mauvaise foi²⁴³⁷. L'appréciation de l'élément moral diffère selon le texte d'incrimination, et donc selon que la provocation est sanctionnée en lien avec une infraction principale, ou qu'elle est une infraction autonome.

1204. ***L'intention de provoquer une infraction.*** Nous verrons par la suite qu'il peut

²⁴³⁶Art. 421-2-5 C. pén. : « Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

²⁴³⁷V. par ex. Cass. crim., 16 juillet 1992, B. crim. n° 273 ; Cass. crim., 4 novembre 1997, n° 96-84338, non publié au bulletin.

être discutable que le provocateur soit qualifié de complice d'une infraction principale, qui suppose la volonté de s'associer à l'infraction d'un autre²⁴³⁸. Quoiqu'il en soit, il doit incontestablement avoir une intention coupable²⁴³⁹.

1205. *L'intentionnalité de la provocation par voie de presse*²⁴⁴⁰. Toutefois, la provocation par voie de presse nécessite simplement la conscience que le contenu de la provocation est provocateur et direct²⁴⁴¹. Cet atténuation de l'élément moral se justifie dans ce contexte de presse où le provocateur est médiat.

Selon GARRAUD, le provocateur « s'adresse à la foule anonyme, et il a plus de chances de réussir que s'il s'adressait à des personnes isolées ; de plus, une foule se laisse plus facilement impressionner et s'enflamme plus vite qu'un individu »²⁴⁴². Peu importe qu'il ait eu l'intention que les provoqués passent à l'acte, le provocateur sera considéré comme complice, même s'il n'avait pas « l'espérance immédiate de la réalisation expresse du crime ou du délit qui a été la suite de la provocation »²⁴⁴³. Il doit simplement avoir voulu la mise « en commun », la communication de ses propos, faite en vue de « **remuer les passions** »²⁴⁴⁴. Pour un auteur, c'est la publication qui fait le délit²⁴⁴⁵, ainsi l'élément moral de l'infraction est contenu dans la conscience qu'a l'auteur de ce qu'il écrit et dans la connaissance qu'a l'éditeur de ce qu'il publie²⁴⁴⁶.

1206. *La volonté délibérée de provoquer dans l'infraction autonome*. En revanche, pour caractériser une infraction autonome, le provocateur doit avoir la volonté délibérée d'inciter à la commission d'un acte ou d'un comportement en vue de l'obtention d'un résultat, et ce en connaissance de cause, peu importe son mobile. Ainsi, le prévenu est coupable de provocation à l'usage de stupéfiants même s'il n'a pas trouvé un intérêt personnel dans le passage à l'acte du provoqué²⁴⁴⁷.

²⁴³⁸ V. *infra* n°1252 et s.

²⁴³⁹ V. Cass. crim., 30 janvier 1964, B. crim. n° 38 (à propos de l'article 23 loi 29 juillet 1881) ; CA Nancy, 9 octobre 1950, Gaz. Pal. 1951. 1.151 (à propos de l'article 24 loi 29 juillet 1881).

²⁴⁴⁰ L. 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (JO 30 juillet 1881, p. 4201).

²⁴⁴¹ J.-H. ROBERT, *Apologies et provocations de crimes et délits*, op. cit., n° 12.

²⁴⁴² R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris : Sirey, 15^{ème} éd., 1935, p. 534.

²⁴⁴³ J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole et de la presse*, Paris : Videcoq et Reiffinger, 2^{ème} éd. 1846, t. 1, p. 335.

²⁴⁴⁴ J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole et de la presse*, Videcoq et Reiffinger, 2^{ème} éd., 1846, t. 1, p. 335.

²⁴⁴⁵ E. DREYER, *Panorama de droit de la presse*, D. 2015, n° 9, p. 347.

²⁴⁴⁶ La détermination conjointe n'est pas exigée.

²⁴⁴⁷ Cass. crim. 7 avril 1998, B. crim. n° 137, s'agissant de punir la provocation à l'usage de stupéfiants, quelle

En outre, le législateur a parfois prévu des dols spéciaux. Il en est ainsi en matière de provocation à passer au service d'une puissance étrangère²⁴⁴⁸ et de la provocation à la désobéissance²⁴⁴⁹. Les juges du fond devront rechercher que le provocateur a agi « en vue de nuire à la défense nationale ».

1207. ***L'exclusion de l'absence de volonté.*** L'intention ne peut pas se confondre avec une abstention. Incontestablement, la publicité de la provocation doit être voulue par l'auteur du discours. C'est ainsi que la Cour de cassation dans un arrêt du 15 décembre 2015 a considéré que les propos ne caractérisent pas une provocation s'ils ont été « tenus par leur auteur dans des circonstances exclusives de toute volonté de les rendre publics »²⁴⁵⁰.

La jurisprudence a également considéré que « même lorsque les paroles incriminées ont été prononcées dans un lieu public, la circonstance de publicité fait néanmoins défaut lorsqu'il n'est pas établi que ces paroles ont été prononcées de manière à être entendues des tiers ». En l'espèce, la cour d'appel avait relevé « que si le salon-bar du Splendid était ouvert au public au moment où les propos ont été tenus, ces propos n'ont pu être entendus que des personnes à qui ils étaient adressés et qui se tenaient à l'écart dans un coin du salon »²⁴⁵¹.

Des propos imprudemment tenus qui détermineraient un tiers à un acte illicite ne doivent donc pas être considérés comme provocateurs. Toutefois, celui qui s'exprime discrètement en public peut être éventuellement poursuivi pour diffamation ou injure non publique. Enfin, les juges auront à « balancer » le contenu des propos avancés ou actions du provocateur avec la liberté d'expression, pour vérifier la véritable volonté de celui-ci²⁴⁵².

1208. ***La volonté de communiquer la représentation d'une image mentale illicite.*** Si les textes d'incriminations imposent une intentionnalité quelque peu différente selon les

qu'en soit la forme.

²⁴⁴⁸Par exemple, les articles 413-1 et 414-1 alinéa 2 du Code pénal sanctionnent la provocation en vue de nuire à la défense nationale, respectivement en temps de paix, et en temps de siège ou d'urgence.

²⁴⁴⁹V. Art. 413-3 C. pén., imposant également un dol spécial car la provocation est effectuée « en vue de nuire à la défense nationale ».

²⁴⁵⁰Cass. crim., 15 décembre 2015, B. crim. n° 297. N'est pas condamné d'apologie publique à des crimes de guerre et crimes contre l'humanité l'individu qui émet des propos qui sont captés à l'aide d'un téléphone mobile par un journaliste, lequel les rend accessibles en les divulguant le lendemain dans la presse et les rendant accessibles.

²⁴⁵¹Cass. crim., 1^{er} février 1950, D. 1950, jurispr. p. 230.

²⁴⁵²V. Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-84511, à paraître au bulletin. La Cour de cassation rappelle « qu'en matière correctionnelle toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle ». La Haute cour vérifie si « les juges ont apprécié le caractère proportionné de l'atteinte portée au principe de la liberté d'expression défini par l'article 10 de la Conv. EDH ». (V. S. DETRAZ, *Pas de liberté de provocation à la haine raciale*, Gaz. Pal., avril 2017 n° 16, p. 51).

provocations, celles-ci témoignent toutes de la volonté de communiquer des représentations d'actes ou de résultats infractionnels. Ainsi il est toujours imposé de caractériser une détermination du provocateur de transmettre, rendre commun la représentation exprimée par ses propos ou ses gestes ou d'autres moyens d'expression. Il s'agit donc bien pour lui de la volonté de « souffler » un comportement – acte ou résultat –, sans nécessairement l'espérance immédiate d'un passage à l'acte, mais en conscience du risque de passage à l'acte d'une ou de plusieurs personnes.

Tout dépendra alors de la manière dont est reçue la provocation, autrement dit, si des individus se laissent provoquer par la représentation de l'image mentale qu'on tente de leur imposer.

Paragraphe 2. La caractérisation possible par le droit pénal d'un agir mimétique vertical effectif ou potentiel

1209. *Des provocations suivies ou non d'effet.* Le provocateur crée et communique une représentation illicite mais celle-ci n'est **pas nécessairement reçue et génératrice d'actes provoqués**. Les provocations seront donc suivies ou non d'effet et cette condition n'aura pas la même conséquence suivant les textes d'incrimination.

Ceux-ci peuvent simplement viser une provocation envisagée comme procédé, sans qu'aucune tentative ni résultat ne soient requis. « La provocation est châtiée pour ce qu'elle veut seulement exprimer »²⁴⁵³. Elle est le plus souvent réprimée uniquement si elle entraîne la commission d'une infraction par un tiers provoqué.

Ainsi deux sortes de provocations sont-elles sanctionnées : celles qui doivent être suivies d'effet (A) et celles qui sont punissables sans avoir été suivies (B). Il s'agira de comprendre ce que le législateur entend par provocations suivies ou non d'effet, soit le rôle du provoqué éventuel. Puis, au regard du concept d'imitation, nous rendrons compte de la manière dont le droit d'une part, punit des agirs mimétiques verticaux en identifiant et en associant le provocateur à l'infraction et d'autre part, les prévient en incriminant certaines provocations dangereuses.

²⁴⁵³F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 233.

A. La provocation matérielle : une réception et des agissements nécessaires de la représentation illicite

1210. L'acte du provoqué sera souvent le premier observable dans une situation de provocation alors que l'acte du provocateur devra être constaté par un raisonnement rétrospectif. Lorsque la provocation appelle un effet infractionnel, elle est dite matérielle (1). Et lorsqu'elle est accomplie par persuasion, cela signifie que le provoqué a reçu et agi l'image mentale illicite créée par le provocateur (2).

1) *Les provocations matérielles*

1211. *Un résultat matériel exigé.* Les premières provocations prévues par le législateur imposaient que les actes du provocateur soient suivis d'effet pour être punissables. C'était donc toujours les règles relatives à la complicité de droit commun qui s'appliquaient. Aujourd'hui encore les provocations sont pour la plupart des infractions exigeant un résultat matériel. L'existence d'un effet est donc un élément constitutif de ces infractions de provocations²⁴⁵⁴. **Le provoqué doit être passé à l'acte** : qu'il ait consommé entièrement l'infraction – par commission²⁴⁵⁵ ou omission²⁴⁵⁶ - ou l'ait au moins tentée²⁴⁵⁷, pour les crimes ou les délits dont la tentative est punissable. Ces infractions de provocations suivies d'effet

²⁴⁵⁴Les juges devront régler les éventuels concours de qualifications entre le délit spécial de provocation et le droit commun de la complicité par provocation au sens de l'article 121-7 du Code pénal (à moins que la provocation ait été suivie d'une tentative du délit, dans ce cas, seul le droit commun de la provocation trouvera à s'appliquer). Pour certains auteurs, la complicité spéciale instituée par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 n'évince pas celle du droit commun (V. notamment J.-H. ROBERT, *Apologies et provocations de crimes et délits*, op. cit., n° 13 (se fondant sur la décision T. corr. Seine, 2 mai 1895, Gaz. Pal. 1895, 1, p. 631). Cela étant, pour d'autres, il semble que ce soit la règle *specialia generalibus derogant* qui doive s'appliquer, la loi de 1881 mettant en place « un système de réaction sociale très original, qui devrait l'emporter si l'on veut respecter les intentions du législateur » (V. notamment J.-Y. LASALLE, *Provocation*, Rép. pén., 2016, n° 13). Ainsi devra être appliqué non pas la complicité de droit commun mais la complicité spéciale (V. sur ce point J.-H. ROBERT, *Apologies et provocations de crimes et délits*, op. cit., n° 13). D'autres encore considèrent que la disposition de la loi de 1881 ne devrait plus être appliquée, en vertu notamment du principe de la plus haute expression pénale. On remarquera qu'aucune décision n'a encore été rendue sur ce point, afin de trancher le débat (D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 101 ; V. sur ce point également J.-B. THIERRY, *Provocation aux crimes et délits*, op. cit., n° 10).

²⁴⁵⁵Par exemple en accomplissant un homicide volontaire (Art. 221-1 C. pén.).

²⁴⁵⁶Par exemple en s'abstenant d'empêcher un crime ou un délit (art. 223-6 al 1er C. pén.) suite à une persuasion suggestive du provocateur. En effet, rien empêche que le provoqué soit puni pour une abstention provoquée et que le provocateur le soit pour avoir volontairement soufflé un comportement de « ne pas agir ».

²⁴⁵⁷Il s'agirait du cas où le provoqué n'a pas commis d'infraction car des circonstances indépendantes de sa volonté, telle que l'intervention de la police, ont fait obstacle à la commission de l'infraction.

exigent donc un résultat juridique, c'est-à-dire une atteinte effective à l'ordre public, s'opposant alors aux infractions autonomes de provocation. La provocation doit avoir été efficace.

1212. *La réception et l'agissement de la représentation par le ou les provoqués.* Autrement dit, pour caractériser une provocation, la représentation d'une image mentale illicite créée et communiquée par le provocateur doit avoir été **reçue et agie par le ou les provoqués**. Dans ce cas, le provocateur sera considéré comme complice car la communication de la représentation qu'il aura créée s'est avérée être « le véhicule » du crime ou du délit effectivement commis²⁴⁵⁸. Et bien que ce mode d'imputation soit discutable, il permet de punir provocateur et provoqué en identifiant le rapport de dépendance entre leurs actes respectifs, et en établissant le rôle d'instigateur tenu volontairement par le provocateur.

2) *La provocation matérielle d'un agir mimétique vertical effectif*

1213. *La représentation de l'acte infractionnel dans l'esprit du provoqué.* Au regard du concept d'imitation, dans la mesure où le provoqué persuadé a réalisé l'infraction suggérée, c'est qu'il a *a priori* reçu positivement le modèle créé par le provocateur. Le provoqué a fait sienne la représentation créée par le provocateur et la commet ou tente de la commettre pour lui-même. Ce qui veut dire que **le provocateur** a réussi, par persuasion suggestive, à faire passer la représentation de son esprit à celui du provoqué. Et c'est bien ce que réprime le droit pénal en lui attribuant **la qualité d'instigateur de l'infraction**.

1214. *La caractérisation d'une mimésis sociale verticale ou imitation plurilatérale déterminée par deux volontés.* Si le provocateur a utilisé des moyens de persuasion pour communiquer sa représentation d'un acte ou d'un résultat illicite, le provoqué a incontestablement eu la volonté d'agir l'image mentale puisqu'il a commis une infraction, par définition intentionnelle. Il s'est référé volontairement au modèle « soufflé » par le provocateur pour accomplir son acte. En d'autres termes, le **provoqué a pris pour modèle à suivre la représentation créée et communiquée par le provocateur**.

En agissant l'image mentale du provocateur, il a eu l'intention et la volonté de lui donner forme, c'est-à-dire de la reproduire. Ici, il importe peu de vérifier la coopération mutuelle entre

²⁴⁵⁸J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole et de la presse*, op. cit., p. 335.

provocateur et provoqué, dans la mesure où le premier ayant communiqué le modèle illicite et le second l'ayant agi, il paraît possible de présumer au moins une entente mutuelle dans le cas d'une provocation immédiate ou une adhésion si elle émane d'un provocateur médiat. Ainsi le provoqué est-il entré dans une **imitation comportementale**²⁴⁵⁹, en apparence unilatérale, mais qui correspond bien à une imitation **plurilatérale** car **sous-tendue par deux volontés**, celle du provocateur et la sienne. Le modèle peut être soit un personnage, soit une personne.

Une telle donnée n'a pas tant d'importance dans la sanction des deux agents, tout dépendra en fait de l'objet de la représentation créée par le provocateur – un comportement ou un résultat, visant un Homme en général ou un homme concrètement. Le modèle peut même être le provocateur lui-même s'il s'est inscrit dans la représentation.

1215. *Un comportement d'imitation reproduction ou simulacre.* Et plus précisément, il nous semble que le comportement du provoqué pourra davantage être qualifié d'**imitation-reproduction** si l'objet de la représentation soufflée est précisé, par la suggestion persuasive d'un acte illicite à accomplir. En revanche, si le provocateur ne suggère qu'un résultat infractionnel, le provoqué sera plutôt amené à accomplir une **imitation-simulacre**, c'est-à-dire une imitation ressemblante²⁴⁶⁰. Il prendra quelque chose de l'autre (le modèle) pour le reproduire intentionnellement, selon la représentation qu'il s'en fait, avec ses propres moyens. S'il agit seul il donnera **l'illusion - ou l'apparence - d'être le seul auteur de l'infraction**. Or, unique auteur matériel du délit ou du crime, il partage avec le provocateur une responsabilité morale et ce dernier est même l'instigateur de l'infraction. Et dans le cas où les deux agissent ensemble, la coaction s'appliquera et il pourra être impossible de distinguer l'instigateur du suiveur au moment de l'accomplissement de l'acte.

Il nous semble que par les dispositions législatives et par les conclusions de la jurisprudence, le droit pénal mesure et réprime sans la nommer une imitation illicite, plurilatérale et verticale.

En prévoyant d'attribuer l'instigation de l'acte illicite à un individu qui peut être absent de la scène infractionnelle il témoigne de sa connaissance d'agissements « en référence à », c'est-à-dire entre modèles et imitateurs. Le **provocateur est instigateur** parce qu'il instigue, encourage ou exhorte le provoqué grâce sa position dominante ou plutôt **la fonction influente**

²⁴⁵⁹On retrouve tous les critères de l'imitation : le modèle créé par le provocateur, la représentation possible par la communication et la réception, la reproduction par l'agissement ainsi qu'une intention d'imitation.

²⁴⁶⁰Autrement dit, la provocation directe est plutôt une imitation-reproduction alors que la provocation indirecte, plutôt une imitation-simulacre.

de ses actes sur ceux du provoqué. Le provocateur persuasif pour le droit est celui qui **conçoit et communique le projet délictuel**, que nous désignons selon le concept d'imitation comme le créateur d'un modèle illicite. Un tel raisonnement conforte l'idée que le provocateur présente une responsabilité certaine, car s'il n'agit pas lui-même l'image mentale qu'il a communiquée, c'est-à-dire l'infraction provoquée, il en est à l'origine et doit être sanctionné, comme le provoqué.

Et l'**articulation observée et réprimée** dans les arrêts entre **des actes provocateurs dont dépendent des actes provoqués** renvoie bien, d'après les termes employés par les magistrats (« modèle », « exemple ») à une **mimésis sociale verticale entre deux individus**, dont l'un exerce sur l'autre un pouvoir suggestif d'incitation à l'imitation comportementale. Les relaxes à ce propos nous en apprennent autant sinon plus sur l'exigence du droit de prouver un lien de causalité incontestable entre leurs actes respectifs. Faute de pouvoir caractériser l'ascendant de l'un sur l'autre par des actes significatifs de persuasion – don, promesse, abus de pouvoir, etc. – le juge ne peut condamner le provocateur. C'est bien le pouvoir de suggestion qui est recherché, à travers les actes significatifs.

1216. ***La juxtaposition d'infractions provoquées.*** Par ailleurs, la volonté du législateur de limiter la liberté de la presse en sanctionnant des provocations qui sont impersonnelles et communiquées à un public épars, démontre une connaissance par le droit des effets à distance que peut avoir un provocateur « suggestionneur ». Dans ce cas, seront constatés une **juxtaposition d'infractions provoquées**, qui correspondent à des agirs mimétiques verticaux, risquant éventuellement de se propager par des agirs mimétiques horizontaux, si les agents s'entendent entre eux pour agir l'image mentale de façon complémentaire et équivalente, en référence les uns des autres²⁴⁶¹. Une telle constatation se trouve aujourd'hui illustrée notamment par les actions terroristes accomplies en France. En effet, suite à la communication d'une représentation d'une image mentale illicite – ici des images et des modèles d'actions terroristes – créée par un ou des provocateurs, des individus s'associent et s'entendent pour commettre des attentats terroristes en réunion, en association, etc., et l'on peut même déplorer des actes commis par des provoqués isolés²⁴⁶².

Plus généralement, on peut considérer que dans le champ pénal, le provocateur à

²⁴⁶¹Ils pourront avoir agi en coaction si une coopération et entente existe entre eux ; et éventuellement avoir commis des infractions par nature collective. V. sur ce point *supra* n° 910 et s.

²⁴⁶²Art. 421-2-6 C. pén.

l'imitation plurilatérale est un « souffleur » d'actions délictuelles ou criminelles qu'il communique de façon à déterminer la commission d'infractions par un ou plusieurs individus, en suscitant chez ces derniers, par des manœuvres persuasives voire manipulateur, la volonté infractionnelle d'être auteur(s) du crime ou du délit.

B. La provocation formelle : une potentialité d'agissements de la représentation illicite

1217. ***Les provocations formelles.*** Quelques infractions ne nécessitent pas la constatation d'une infraction provoquée pour pouvoir être sanctionnées. La création et la communication de la représentation illicite suffit pour sanctionner le provocateur, dans une démarche préventive du législateur.

1218. ***Une prévention d'un risque ou d'un danger de perpétuation d'un comportement illicite.*** La provocation ne fait pas exception à la règle des infractions de prévention et le législateur a également prévu de sanctionner des provocations non suivies d'effets en incriminant des infractions formelles²⁴⁶³ et des infractions-obstacles²⁴⁶⁴.

Si le danger peut être défini comme la situation qui compromet la sûreté, l'existence d'une personne ou d'une chose²⁴⁶⁵, le risque correspond au péril dans lequel entre l'idée de hasard²⁴⁶⁶. Ainsi, le risque de dommage serait moins certain que le danger. La doctrine majoritaire considère que l'appréciation du danger doit être objective. Autrement dit, le danger doit s'analyser « au regard d'une situation objective pour laquelle l'expérience commune permet de pronostiquer la possible réalisation d'une lésion »²⁴⁶⁷. Cette méthode rejette alors une appréciation subjective du danger qui consiste à le caractériser « en sondant le for intérieur de l'individu », « à partir d'une simple impression, d'une émotion ressentie par une personne »²⁴⁶⁸. En matière de provocation, Mme Diane PORTOLANO remarque que « le risque doit être conçu comme un danger, dont la réalisation est, par définition, plus ou moins probable, mais dont

²⁴⁶³Le résultat légal des infractions formelles se résume dans le résultat matériel du comportement interdit. Ces infractions tendent à un moyen susceptible de mener au trouble effectif à la valeur protégée.

²⁴⁶⁴Les infractions-obstacles correspondent à des actes préparatoires en se situant très en amont sur l'*iter criminis*. Elles créent un péril.

²⁴⁶⁵E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Danger.

²⁴⁶⁶E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° Risque.

²⁴⁶⁷D. BAIGUN, *Les délits de mise en danger. Rapport de l'Argentine*, Actes du colloque préparatoire du X^{ème} Congrès international de droit pénal, RIDP, 1969, p. 33 et s. ; V. également D. PORTOLANO, op. cit., p. 105).

²⁴⁶⁸D. PORTOLANO, op. cit., p. 105.

l'existence ne saurait, quant à elle, souffrir la moindre contestation »²⁴⁶⁹.

1219. ***L'utilité des infractions autonomes de provocation.*** Éviter le trouble effectif à l'ordre public, consiste inévitablement à intervenir avant tout passage à l'acte du provoqué potentiel. Ainsi, les provocations sanctionnées sans qu'elles aient été suivies d'effet sont des infractions de prévention qui empêchent ou limitent la réalisation d'un trouble effectif à l'ordre public, le risque ou la tentative d'un acte incité. La rédaction de dispositions sanctionnant des infractions formelles et des infractions-obstacles s'est avérée nécessaire suite au constat des insuffisances textuelles entraînant l'impunité du provocateur qui n'avait pas réussi son forfait, alors même qu'il présentait certainement toujours une dangerosité. Les incriminations relatives à la tentative et à la complicité de droit commun ou à la complicité de droit spécial se sont révélées imparfaites. C'est pourquoi le législateur a créé progressivement des infractions autonomes de provocation.

Celles-ci permettent alors de contourner les règles de la complicité qui impose pour sa caractérisation l'existence d'un acte principal provoqué. Ce qui signifie que le provocateur devient auteur juridique et n'est plus considéré comme complice par provocation.

Pour constater une provocation autonome, le juge n'a pas besoin de se fonder sur son effet, puisqu'il n'y a pas eu de passage à l'acte provoqué. Autrement dit, ou bien la représentation créée et communiquée n'a pas eu d'impact sur les individus qui l'ont reçue, ou bien ceux-ci n'ont pas encore agi l'image suggérée.

Certains textes d'incrimination ne précisent pas si la provocation doit être ou non suivie d'effet comme l'article 459 du Code des douanes prévoyant la provocation à contrevenir à la législation en matière de douanes. La jurisprudence n'hésite pas à sanctionner le provocateur, peu importe que la provocation ait été suivie ou non. A l'inverse, les textes peuvent sanctionner à la fois la provocation suivie d'effet et celle qui ne le serait pas, comme en matière de provocation à un attroupement armé, sanctionnant ainsi plus sévèrement la première²⁴⁷⁰. Prévoir de telles infractions hybrides permet incontestablement de sanctionner tout provocateur puisqu'elles permettent d'être appliquées à défaut de l'existence d'un passage à l'acte d'un ou de

²⁴⁶⁹Ibid. Mme D. PORTOLANO considère dans ce sens que l'accolement de l'adjectif certain pour qualifier le risque paraît un non-sens.

²⁴⁷⁰Art. 431-6 C. pén. : « La provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Lorsque la provocation est suivie d'effet, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

plusieurs provoqués. Dans ce sens, par exemple, lorsque la provocation n'a pas amené à un attroupement délictueux²⁴⁷¹, elle n'est pas réprimée en tant que provocation matérielle, mais la provocation formelle pourra toujours être caractérisée.

Ainsi compris, les infractions de préventions peuvent être entendue comme des infractions palliatives.

1220. ***Un conflit de qualifications possible.*** En outre, la provocation non suivie d'effet pourra être appréhendée sur le fondement de différentes qualifications. Par exemple, en matière de provocation à des actes terroristes, différentes dispositions peuvent entrer en conflits : la participation à une association de terroristes²⁴⁷² - si elle s'inscrit dans un contexte collectif -, la provocation assortie ou non de pression²⁴⁷³, ou encore, l'apologie publique, au regard des récentes applications de la jurisprudence²⁴⁷⁴. Certes, cette dernière infraction n'est pas entendue comme une provocation directe ou indirecte, concernant non pas des comportements futurs mais des comportements passés. L'apologiste ne fait que justifier des crimes perpétrés par d'autres. Dans une certaine mesure, l'apologie peut être considérée comme risquant de susciter l'intérêt d'un individu. Ainsi peuvent-elles être rapprochées des provocations non suivies d'effet. Et en cas de conflits de qualifications, les juges devront alors choisir la plus haute expression pénale.

1221. ***La sanction de la création d'une représentation d'image illicite : sanction d'une personnalité dangereuse.*** Ainsi entendues, puisque la provocation n'aura pas été suivie d'effet, ces infractions de préventions semblent sanctionner un état d'esprit dangereux, matérialisé par la mise en place d'actes provocateurs et de moyens de persuasion, fut-elle complexe²⁴⁷⁵. Le législateur réprime ici un comportement dangereux du provocateur en s'écartant de l'*iter criminis*, se contentant de la communication de la représentation.

Ces incriminations se justifient cependant au regard du concept d'imitation, parce que

²⁴⁷¹V. par ex. Cass. crim., 23 février 1954, B. crim. n° 85, D. 1955. 465, rapp. Patin. Ne constitue pas une provocation à un attroupement non suivi d'effet celle qui « n'a amené [...] qu'un attroupement qui, à aucune de ses phases n'est devenu délictueux, [ou] se soit dispersé à la première sommation [...], au même titre que celle qui n'a amené personne au lieu désigné ».

²⁴⁷²Art. 421-5 C. pén.

²⁴⁷³Art. 421-2-4 C. pén.

²⁴⁷⁴V. notamment Cass. crim., 17 mars 2015, B. crim. n° 56, JCP G 2015, 559, obs. E. DREYER, s'agissant de la caractérisation du délit d'apologie par le port d'un T-shirt avec pour inscription « Je suis une bombe », « Z. , né le 11 septembre ».

²⁴⁷⁵Nous avons différencié la provocation par persuasion simple et par persuasion complexe. V. *supra* n° 1166 et s.

le provocateur crée la représentation d'une image mentale illicite et qu'il la communique. Un meneur-provocateur au pouvoir suggestif fort, voir manipulateur, peut présenter une dangerosité certaine s'il opère dans le champ criminel, par sa faculté à générer autour de lui, et à distance, des phénomènes d'imitations plurilatérales verticales et, par contagion, horizontales.

Le provocateur d'infractions particulièrement destructrices démontre une dangerosité parce que les moyens de persuasion qu'il utilise comportent un risque important de passage à l'acte du provoqué et démontre une détermination à entraîner, au moins une excitation des passions, au plus une **imitation par agir mimétique vertical**. Et cette dangerosité ne disparaît pas au motif que la provocation n'a pas réussi. La *ratio legis*²⁴⁷⁶ de ces infractions réside dans la volonté de protéger pénalement des valeurs sociales.

²⁴⁷⁶Y. MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

1222. *Proposition d'une description conceptuelle d'un processus d'imitation plurilatérale verticale.* En nous appuyant sur les auteurs qui se sont attachés à comprendre les qualités et les actions d'un meneur, nous avons pu proposer une description conceptuelle d'un processus d'imitation plurilatérale verticale. Celui-ci est dominé par la présence d'un individu qui exerce son ascendant sur les autres en leur représentant des modèles à suivre, ou en se donnant lui-même comme modèle à imiter. Les imitateurs ou mimes, parce qu'ils sont dans une relation de fascination ou de subordination au meneur, vont alors imiter la représentation communiquée et par contagion s'imiter les uns les autres s'ils sont en contact. L'imitation plurilatérale verticale est donc un phénomène complexe car déclencheur d'autres imitations comportementales, d'autant plus qu'un rapport de réciprocité n'est pas à exclure du ou des mimes vers le modèle.

1223. *Des provocations à l'imitation.* En rapprochant le concept d'imitation de la notion juridique de provocation, nous avons mis en évidence la mesure par le droit pénal de certains agirs mimétiques et d'une mimésis sociale « verticale ». Toutes les provocations à des actes illicites ne sont pas des provocations à l'imitation. Si le législateur n'a pas dans les textes établi la distinction entre les différents provocateurs, l'étude de la provocation par persuasion, nous a permis de déterminer une provocation à l'imitation.

1224. *Une provocation à l'imitation plurilatérale verticale.* Que la provocation soit directe ou indirecte, tournée vers une pluralité, une multitude d'individus ou un seul, le provocateur crée et communique la **représentation d'une image mentale illicite à suivre**, verbalisée ou non, à la condition d'être explicite et non équivoque, dont l'objet pourra être un comportement précis ou un simple résultat. Le « **meneur-provocateur** » créant un modèle à suivre, ce dernier va alors être reçu par un ou des provoqués, qui parfois vont le reproduire. Dans ce cas, la provocation est suivie d'effet et le provocateur a réussi son forfait : être suivi car sa représentation a été effectivement agie mimétiquement par d'autres. Ce phénomène aboutit à une **imitation** en apparence unilatérale mais qui s'avère finalement **verticale et plurilatérale** car **déterminée par deux volontés : celle du provocateur et celle du provoqué**. Sans contrainte violente mais avec une certaine force suggestive, ou le provocateur

manipulateur altère la liberté de choix et le discernement du provocateur, sans annihiler sa volonté.

1225. *Les provocations non suivies d'effet.* Dans de nombreuses imitations illicites provoquées, parce qu'il ne participe pas matériellement à l'infraction, le provocateur est à ce titre considéré comme secondaire à l'infraction principale, et sanctionné par principe en qualité de complice, bien que son rôle d'instigateur soit identifié par le droit. Dans le cas où il agit avec le(s) provoqué(s), il est coauteur de l'infraction et son rôle dans l'élaboration de l'acte illicite peut passer inaperçu. Pour remédier aux insuffisances textuelles, le législateur prévoit également de le sanctionner en qualité d'auteur dans des textes infractionnels autonomes, n'exigeant aucun effet.

Le concept d'imitation va dans le sens d'une possible appréciation d'une personnalité dangereuse, en s'appuyant sur la caractérisation d'éléments matériels infractionnels présentant un fort potentiel de sollicitation au passage à l'acte. La provocation par persuasion, si elle est suivie d'effet, caractérise un agir mimétique vertical que recherche sciemment le provocateur. Emise dans un lieu public, lors d'une réunion publique ou par des moyens de communications publiques, incontestablement la création de la représentation d'un modèle illicite par le provocateur risque d'être réceptionnée à grande échelle. Ce qui pourrait éventuellement entraîner une juxtaposition d'agirs mimétiques verticaux, voire des agirs mimétiques horizontaux suite à une coopération et entente mutuelle. La provocation criminelle vise précisément à s'emparer de la liberté d'un ou de plusieurs provoqués persuadés « pour y substituer une autre pendant un temps plus ou moins long – celle du provocateur – dans l'espoir qu'elle conduira à un agissement condamnable »²⁴⁷⁷.

Ainsi compris, notre raisonnement peut être transposé à toutes les infractions qui ne sont pas nommées « infractions de provocation » mais dont l'esprit de leur support textuel tend à sanctionner celui qui appelle autrui à commettre un acte antisocial. Elles pourront être qualifiées d'imitation si l'appelé agit la représentation soufflée par le provocateur.

²⁴⁷⁷ F. DEFFERARD, *La provocation*, op. cit., p. 233 et spéc. p. 237.

Cela étant établi, toute provocation à un acte d'imitation illicite n'a pas à être sanctionnée. En effet, celle-ci doit présenter une potentialité d'influence suffisante. Ainsi, la question de l'engagement de la responsabilité pénale du provocateur demeure ouverte, si l'on considère le rôle incontestable qu'il joue dans la commission de l'infraction provoquée. De même, la durabilité de l'influence d'un provocateur sur ses affiliés interroge sur une possible excuse de provocation ou une individualisation de la peine du provoqué.

CHAPITRE II : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU PROVOCATEUR ET DU PROVOQUE

1226. **Responsabilité et provocation.** La provocation est le fait d'influencer sciemment autrui, de le pousser à agir dans une direction déterminée. Elle peut passer par la contrainte, la tromperie ou encore la persuasion, simple ou complexe²⁴⁷⁸. Ainsi, l'action du provocateur peut annihiler la liberté et la volonté du provoqué (par contrainte violente), ou bien altérer sa liberté et son discernement en préservant sa volonté lorsque par persuasion elle l'incite à vouloir commettre des actes illicites.

Parce que la provocation, comportement éminemment subjectif, peut initier une scène d'agir mimétique impliquant au moins deux individus, elle soulève la **question de l'engagement de leur responsabilité pénale** tenant à celle de leur culpabilité voire leur imputabilité.

1227. **Responsabilité et culpabilité.** La responsabilité pénale d'un individu n'est engagée, au sens strict, que s'il a commis une faute qui puisse lui être imputée. Si aucune faute n'existe, il n'y a pas d'infraction pénale, de culpabilité et donc d'engagement possible de la responsabilité. Culpabilité et responsabilité « expriment une nécessité d'être et de devoir-être, au-delà même de la contingence des solutions et des interprétations »²⁴⁷⁹. Selon M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD, « le sujet de la responsabilité ou de l'obligation, qui est le sujet du comportement délictuel suscitant cette responsabilité ou obligation, est en même temps, et inévitablement, le sujet d'une culpabilité ou de son équivalent, dangerosité ou déviance : le sujet dont la liberté (quelles que soient les causes qui l'affectent ou la diminuent) peut "errer" et qui appelle ainsi une appréciation qualitative ou axiologique au cœur de l'acte accompli »²⁴⁸⁰.

Culpabilité et imputabilité. L'engagement de la responsabilité pénale d'un individu impose qu'il ait commis une faute (culpabilité), supposant alors une liberté au moment des faits,

²⁴⁷⁸V. pour une explication *supra* n° 1162 et s.

²⁴⁷⁹J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable, Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bordeaux : Éditions Bière, 1999, p. 88. « Peu importe la conception que les juristes développent des conditions requises à l'intérieur des catégories civiles ou pénales de culpabilité et de responsabilité. Peu importe que le langage même de la culpabilité soit parfois dénoncé, que d'autres mots apparaissent à la place du mot faute, et que l'on préfère ainsi parler de risque, de « dangerosité » ou de « déviance ». Le droit n'en demeure pas moins tributaire d'un principe d'être et de devoir-être qui le dépasse et qui en constitue le sous-jacent ou le présupposé. Et s'il est libre de le traduire à sa guise, il ne l'est pas de s'y soustraire ».

²⁴⁸⁰J.-M. TRIGEAUD, *id.*, p. 93.

et que cette faute lui soit imputable (imputabilité). GARRAUD définit l'imputabilité comme « le substratum de la responsabilité » comprise comme le lien de causalité entre le délit et la peine, permettant de placer le premier au compte de la seconde²⁴⁸¹. Traditionnellement, la doctrine pénale considère que l'imputabilité renvoie à la capacité de comprendre et de vouloir de l'agent, c'est-à-dire de son libre arbitre, nécessaire à l'engagement de sa responsabilité pénale²⁴⁸².

Ainsi, puisque la détermination du provoqué n'est pas conforme à celle qui aurait été la sienne sans l'action du provocateur, qui lui a « soufflé » la représentation délictueuse, il paraît nécessaire de s'interroger sur sa **culpabilité**, sa faute et l'engagement opportun de sa responsabilité pénale. Car l'infraction provoquée peut être comprise comme un « crime de passion ». Mme Mathilde BRIARD constate que « le crime passionnel est peut-être justement et typiquement perçu comme celui que commet une personne se conformant habituellement aux normes, et basculant un instant dans une folie inexplicable »²⁴⁸³. M. Jean-Marc TRIGEAUD, quant à lui, explique que « l'homme de la passion perd de sa nature (*physis*) ou de son humanité (*anthropos*) et il est significativement plongé dans une inconscience (pure *agnoia*) qui signifie l'absence de direction intentionnelle de sa pensée »²⁴⁸⁴.

1228. ***Problématiques posées par la provocation.*** Questionner l'imputabilité et la responsabilité du provoqué, c'est se demander s'il est davantage une victime, au sens objectif de l'injustice, c'est-à-dire qu'il aurait subi « un manque, une diminution, une privation de l'être et de son devoir-être »²⁴⁸⁵ ou alors un coupable qui aurait dû se retenir d'agir l'image mentale qu'il a reçu du provocateur.

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de vérifier que le provocateur a bien été le germe à l'origine de l'acte du provoqué. Car un individu peut se « sentir » provoqué par un autre sans que ce dernier n'en ait eu l'intention ni même l'idée. A l'inverse, un individu peut tenter de persuader un autre de commettre un acte immoral ou antisocial, sans que son

²⁴⁸¹R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris : Sirey, 3^{ème} éd., t. 3, 1913-1935, n° 267.

²⁴⁸²V. notamment R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Paris : Gualino, 2003, n° 401 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 20^{ème} éd., 2007, n° 369 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris : A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, n° 350 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris : Cujas, 16^{ème} éd., 2006, n° 461 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 6^{ème} éd., 2005, p. 288.

²⁴⁸³M. BRIARD, *Affect et responsabilité dans la famille, Approche technique et philosophique*, Thèse Bordeaux, 2015, n° 696, p. 456.

²⁴⁸⁴J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable, Critique d'une philosophie de la responsabilité*, op. cit., p. 115.

²⁴⁸⁵J.-M. TRIGEAUD, id., p. 96.

comportement ait l'influence suffisante pour provoquer une infraction.

Se pose alors également la question du **rôle du provocateur** dans la survenance effective ou éventuelle d'actes provoqués. La présence d'une faute ne doit mener à la conclusion de l'engagement d'une responsabilité qu'à la condition qu'elle puisse être attribuée incontestablement.

Or la provocation à l'imitation, qui plus est verticale supposant un rapport dominant/dominé, engage deux volontés distinctes, des comportements qui peuvent être différents et des participations différentes au résultat infractionnel. L'intention et la représentation étaient, au départ, le fait et dans l'esprit du provocateur et par l'effet de la mimésis, elle s'incarne, prend corps, dans l'acte matériel du provoqué. Il en résulte la fausse apparence d'une détermination commune dissimulant la réalité de l'influence de l'un sur l'autre. Par conséquent, peut-être existe-il, derrière la faute du provoqué, une « faute de la faute »²⁴⁸⁶, c'est-à-dire celle du provocateur.

1229. C'est à ces questions que nous tenterons d'apporter des éléments de réponse, en considérant d'abord le rôle du provocateur dans la scène de provocation à l'imitation plurilatérale verticale puisqu'il en est l'instigateur (Section 1). Puis nous examinerons l'engagement opportun de la responsabilité du provoqué dans une démarche comparative et améliorative (Section 2).

SECTION I : LA FAUTE DE LA FAUTE : LA RESPONSABILITE ET L'IMPUTATION DU PROVOCATEUR

1230. *Exigence d'un fait générateur.* M. le Professeur Fabrice DEFFERRARD exprime justement que « provoquer suppose qu'un fait générateur légalement prévu survienne, de telle façon que soit nécessairement institué un rapport causal avec un résultat nuisible. Ces éléments - fait générateur et fait causal – sont les conditions d'une exacte qualification pénale »²⁴⁸⁷. C'est pourquoi les juges pénaux doivent constater un acte de provocation et un acte provoqué - ou son risque - et établir un lien incontestable de causalité entre les deux.

Parce que la provocation/cause du provocateur (qui crée la représentation de l'acte

²⁴⁸⁶V. J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable, Critique d'une philosophie de la responsabilité*, op. cit., p. 98.

²⁴⁸⁷F. DEFFERRARD, *La provocation*, RSC 2002, p. 240.

illicite et la communique) et la provocation/résultat du provoqué (qui reçoit et agit la représentation) sont intimement liés dans un rapport vertical de mimésis sociale, la provocation est de nature éminemment subjective.

Il conviendrait donc de compléter le raisonnement objectif par une appréciation de la causalité subjective, et en particulier du rapport entre les deux intentionnalités. Cette démarche d'appréciation double du lien de causalité n'est pourtant pas ainsi établie par la jurisprudence en matière de provocation, alors qu'elle est fondamentale, notamment lorsque la provocation est commise par persuasion complexe (I). L'appréciation du rôle causal du provocateur dans l'agir mimétique illicite démontre l'inadéquation du système d'engagement de sa responsabilité, en particulier hors infractions autonomes. C'est pourquoi nous proposerons une clarification des fondements de la responsabilité du provocateur, en meilleure adéquation avec la réalité criminologique (II).

I. La contribution causale de la provocation

1231. ***Le lien de causalité.*** « Condition préalable à l'engagement de la responsabilité pénale, en tant que mécanisme d'imputation, la causalité est également parfois reconnue comme une composante de l'élément de l'infraction »²⁴⁸⁸. La caractérisation d'un acte de provocation ne saurait se dispenser de l'établissement d'un lien de causalité entre ce comportement et un acte provoqué ou risquant d'être provoqué. L'appréciation de la responsabilité du provocateur et sa condamnation dépend donc étroitement d'une causalité constatée ou redoutée que le juge se devra de rechercher. Le raisonnement repose sur des éléments objectifs, mais devrait être complétée par l'appréciation des éléments subjectifs du processus criminel.

1232. ***L'exigence du lien de causalité entre acte de provocation et acte provoqué.*** Le lien de causalité entre la provocation et l'infraction provoquée n'est pas toujours exigé explicitement dans les textes d'incriminations. Selon la Cour de cassation, notamment en matière de presse, il doit exister « une relation incontestable entre le fait de la provocation et les crimes ou délits auxquels elle se rattache par ce lien étroit »²⁴⁸⁹. Parce que la constatation d'une provocation et la commission d'un acte infractionnel ne suffisent pas à démontrer qu'un

²⁴⁸⁸P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 59, p. 22.

²⁴⁸⁹Cass. crim., 5 janvier 1883, DP 1881, jurispr. p. 95.

lien existe entre les deux actes.

1233. **Causalité probable et responsabilité pénale.** La causalité²⁴⁹⁰ est « le lien qui unit la cause à l'effet, suivant le principe que tout a une cause et que, dans les mêmes conditions, les mêmes causes produisent les mêmes effets »²⁴⁹¹. Elle constitue une notion fondamentale en droit puisque c'est du lien de causalité entre deux faits que s'induit la responsabilité d'un coupable et l'imputation du crime ou du délit. Le juriste « admet la responsabilité de l'homme parce qu'il croit que, dans la majeure partie des cas, sa volonté lui permet de rompre avec la fatalité et d'agir sur les événements afin d'en limiter les conséquences dommageables, à défaut de pouvoir éviter qu'ils ne se réalisent »²⁴⁹². La causalité permet d'éviter de reprocher à un individu un résultat sans rapport avec son comportement : « elle crée le lien sans lequel la responsabilité deviendrait excessive, au point que causalité et lien de causalité sont souvent présentés comme synonyme »²⁴⁹³.

Pour GARRAUD, « l'homme n'est responsable au point de vue pénal que du résultat dont il est la cause »²⁴⁹⁴. Si au départ, le raisonnement causal n'était pas systématique, aujourd'hui, il est clair que la causalité est le corollaire implicite du principe de responsabilité personnelle. Selon M. Pierre-André BON, « en ce **qu'elle permet la désignation du responsable**, la mise en œuvre d'un raisonnement causal apparaît comme un préalable nécessaire à l'engagement de cette responsabilité pénale »²⁴⁹⁵.

Le raisonnement causal n'est cependant pas exempt d'incertitudes. Le juge « évalue la causalité *a posteriori* et au niveau de celui qui agit car, dans un monde non déterministe, la causalité n'est jamais certaine, elle ne peut être que probable »²⁴⁹⁶. En l'absence de certitude, le

²⁴⁹⁰La causalité est une problématique majeure de la philosophie. Elle tend à la réflexion de quelque chose puisqu'elle envisage de remonter aux premières causes de la réalisation d'un fait. Pour l'engagement d'une responsabilité, on ne peut se contenter d'une imputation. La causalité juridique permet alors de justifier la responsabilité, lorsqu'un devoir-être n'aura pas été respecté. V. en ce sens J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, op. cit., p. 94. « Le droit établit un libre rapport de cause à effet par le recours à l'imputation. Cette imputation est fonction de l'interprétation que le droit propose de l'acte et donc de la culpabilité ou dangerosité qui colore un tel acte. Autrement dit, la sanction ou la peine ne se présente pas comme l'effet inéluctable d'un acte quantitativement considéré, mais bien plutôt *comme l'effet virtuel de cet acte en raison de sa dimension qualitative*. Comme l'observent les positivistes eux-mêmes et aussi bien les normativistes dans le sillage kelsénien, la causalité est imputative et non contrainte ou forcée, ce qui soustrait les lois du droit à celles de la nature (Aristote, Averroès ou Montesquieu y ont insisté) ».

²⁴⁹¹M. DEGUERGUE, *Causalité et imputabilité*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, 2013, fac. 370-60, n° 5.

²⁴⁹²D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 374.

²⁴⁹³V. D. PORTOLANO, id., p. 375.

²⁴⁹⁴R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 267.

²⁴⁹⁵P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 21.

²⁴⁹⁶F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Thèse Paris I, 2005, n° 3, p. 3.

doute doit profiter à l'accusé ; ou bien la jurisprudence n'hésite pas à se référer à un lien de causalité fictif, en négligeant parfois d'en rapporter la preuve. Comme l'évoque un auteur, « le lien causal certain ressort comme une composante de la responsabilité pénale plus relative qu'absolue »²⁴⁹⁷.

1234. ***La provocation en cause d'un événement illicite.*** La provocation exige un lien de causalité puisque par définition elle doit entraîner quelque chose. « Provoquer suppose qu'un fait générateur légalement prévu survienne, de telle façon que soit nécessairement institué un rapport causal avec un résultat nuisible »²⁴⁹⁸. Ainsi faut-il pour les juges apprécier la causalité entre l'acte provocateur et l'acte provoqué. Deux difficultés se présentent alors.

D'une part, puisque la causalité apparente peut être celle qui relie un résultat infractionnel et les actes d'un individu, en l'occurrence le provoqué, il s'agira d'établir un autre lien, antérieur ou concomitant au premier, entre les actes d'un provocateur et ceux du provoqué.

D'autre part, pour les infractions autonomes de provocation et lorsqu'elle n'est pas suivie d'effet, il s'agira de démontrer une causalité virtuelle, puisqu'elle ne s'appuie sur aucun trouble effectif à l'ordre public.

1235. Les auteurs s'accordent à dire que la provocation implique un lien causal objectif, entre acte de provocation et acte provoqué, le lien causal s'offrant et se présentant « comme **un lien social unificateur** de celui qui provoque et de son destinataire »²⁴⁹⁹. C'est pourquoi un auteur a plus particulièrement proposé de vérifier, au-delà du lien de causalité objectif, un lien de causalité subjectif²⁵⁰⁰. L'appréciation du lien de causalité entre l'acte de provocation et l'acte provoqué différera nécessairement selon que la provocation a été suivie (Paragraphe 1) ou non d'effet (Paragraphe 2).

²⁴⁹⁷P.-A. BON, op. cit., n° 303, p. 115.

²⁴⁹⁸F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 233.

²⁴⁹⁹F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 236.

²⁵⁰⁰V. Sur ce point D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., pp. 397 et s.

Paragraphe 1. Exigence d'une contribution causale à l'infraction provoquée

1236. *La causalité nécessaire à la complicité par provocation.* En matière de provocation à une infraction principale, on remarque que les textes²⁵⁰¹ n'exigent pas expressément la condition de causalité. Cela ne signifie pas que les juges du fond n'ont pas à apprécier un lien de causalité entre la provocation et l'acte provoqué²⁵⁰². Car l'engagement de la responsabilité pénale d'un « complice par provocation » exige la constatation d'une responsabilité causale de celui-ci. La participation du complice doit nécessairement avoir revêtu un rôle causal.

Dans ce sens, pour certains auteurs, la théorie d'emprunt de criminalité qui « implique que la participation du complice a joué dans la production du résultat délictueux un rôle équivalent à celui de l'auteur »²⁵⁰³ semble se rattacher sur le terrain de l'analyse de la causalité à la théorie de l'équivalence des conditions²⁵⁰⁴.

D'autres auteurs, toutefois, considèrent que « le lien de causalité entre la participation criminelle et le dommage délictueux ne commande qu'exceptionnellement la responsabilité pénale »²⁵⁰⁵. Cette notion relèverait simplement du « sentiment » des juges²⁵⁰⁶.

D'autres, enfin, prônent « une nécessaire causalité mais dont la nature différerait : au lien de causalité matérielle unissant l'acte du complice et le résultat pénal devrait s'ajouter un **lien de causalité intellectuelle, unissant les intentions de l'auteur principal et du complice** »²⁵⁰⁷.

1237. *La causalité imprécise de la complicité par provocation.* La problématique tient, finalement, au fait que la jurisprudence reste assez vague sur la caractérisation du lien de causalité. Elle évoque tantôt des moyens « qui ont facilité, favorisé la perpétration », ou parle « d'influence importante », « d'adhésion qui [ont] renforcé le coupable dans sa détermination

²⁵⁰¹ V. Art. 121-7 al. 2 C. pén. Le texte prévoit par la provocation à l'infraction « par » don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, sans préciser la nécessité de vérifier si les moyens employés par le provocateur ont été la cause directe de l'infraction principale commise.

²⁵⁰² V. Ph. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, RSC 1981, p. 26.

²⁵⁰³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris : Cujas, 7^{ème} éd., t. 1, 1997, n° 483.

²⁵⁰⁴ J. CARBONNIER, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'art. 59 c. pén.*, JCP G, 1952, I, n° 1034.

²⁵⁰⁵ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 564, p. 706.

²⁵⁰⁶ P. ESMEIN, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, chron. p. 205.

²⁵⁰⁷ A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1986, préface Raynaud, n° 421, p. 351 ; V. également D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 326, p. 393.

d'agir », tantôt, plus exigeante, elle rappelle qu'il doit nécessairement y avoir « une relation incontestable entre le fait de la provocation et les crimes auxquels elle se rattache par un lien étroit »²⁵⁰⁸. Cette causalité repose cependant davantage sur une forte probabilité que sur une certitude, en matière de complicité²⁵⁰⁹.

La doctrine est unanime à reconnaître que la complicité par provocation ne peut exister en l'absence de causalité²⁵¹⁰. Pour M. le Professeur DEFFERRARD, « une provocation ne peut devenir punissable que si, de l'analyse de son contenu matériel, du contexte dans lequel elle est intervenue et des forces psychologiques qu'elle renferme, il est permis de conclure qu'elle **a conduit ou aurait pu conduire**, sous l'empire des meilleures probabilités, à une action humaine illicite ou immorale »²⁵¹¹. Lorsque la provocation est suivie d'effet, l'auteur parle d'une « causalité matérielle »²⁵¹² dont la recherche demeure classique.

1238. ***La constatation d'un adminicule a priori suffisante.*** La rédaction de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal tenant aux adminicules semble dispenser les juges d'apprécier le lien de causalité entre l'acte de provocation et l'acte provoqué. En effet, la complicité par provocation n'est sanctionnée que si elle s'est manifestée par « don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir ».

Compte tenu de la précision de la disposition, cette condition de causalité ne semble pas à être appréciée, la provocation étant constatée par la présence d'un ou plusieurs de ces adminicules. Pour M. le Professeur Philippe SALVAGE, « l'exigence d'une provocation qualifiée apparaît comme un moyen supplémentaire de s'assurer de la réalité de ce rôle causal »²⁵¹³.

Surtout, pour M. Pierre-André BON, « en définissant ainsi les actes de provocation admis au titre de la complicité, le législateur a, du même coup, opéré *a priori* un jugement sur leur efficacité à déterminer autrui à réaliser l'infraction principale »²⁵¹⁴. Les adminicules sont

²⁵⁰⁸Cass. crim., 5 janvier 1883, D. 1884, I, p. 95 ; V. Cass. crim., 7 décembre 1993, B. crim. n° 374, s'agissant de l'exclusion de la publication de dessins et de propos tournant en dérision des religieuses, « faute d'incitation manifeste, d'instigation ou d'exhortation à la discrimination, la haine ou la violence ».

²⁵⁰⁹Ph. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, op. cit., p. 42. « Il apparaît que si la causalité en matière de complicité est une exigence du droit pour engager la responsabilité du complice, cette exigence est par ailleurs appliquée de façon si imprécise qu'elle est largement vidée de sa substance », « dans cette mesure la causalité cesse d'être une véritable condition de la responsabilité du complice sans pour autant disparaître ».

²⁵¹⁰F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., pp. 239 et s.

²⁵¹¹F. DEFFERRARD, id., pp. 233 et s., spéc. p. 240.

²⁵¹²F. DEFFERRARD, id., p. 237.

²⁵¹³Ph. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, op. cit., p. 29.

²⁵¹⁴P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 105.

par essence aptes à « influencer » la prise de décision du provoqué²⁵¹⁵, en produisant « un basculement intellectuel chez le provoqué »²⁵¹⁶ et « témoignent [...] également du lien social qui unit les protagonistes du délit et donnera une signification à chacun de leurs gestes »²⁵¹⁷. « La complicité par provocation serait acquise automatiquement, l'appréciation de la nature causale de l'acte de complicité ayant été effectuée en amont par le législateur, puisque compte tenu de leur nature, les actes de provocation prévus par le Code pénal auraient nécessairement une influence sur la volonté de l'auteur principal »²⁵¹⁸.

C'est vrai pour la provocation par contrainte, ça l'est également pour la provocation par persuasion, au regard des actes accomplis par le provocateur correspondant aux adminicules. Il suffirait donc pour les juges répressifs de constater un acte de provocation et une infraction principale, afin d'engager la responsabilité pénale du provocateur.

1239. ***L'appréciation in concreto et in abstracto de la causalité.*** Ainsi la provocation doit-elle être « l'une des causes génératrices »²⁵¹⁹, une cause déterminante de l'acte provoqué, et « au moyen duquel, par une action antérieure ou concomitante, il est créé une relation de cause à effet entre l'auteur principal et la commission par lui d'une infraction »²⁵²⁰. Les adminicules permettraient donc de résoudre les quelques difficultés probatoires tenant à la certitude du lien de causalité entre provocation et acte provoqué.

Toutefois, il faut remarquer que les actes de provocation n'ont pas tous la même force persuasive. D'autant plus que nous avons fait la distinction entre les provocations par contrainte, par tromperie, et celles qui sont réalisées par persuasion simple ou complexe. Pour évaluer précisément l'effet de la provocation sur le provoqué, les juges du fond devront eux-mêmes porter un « **jugement de valeur sur le comportement de l'agent** »²⁵²¹ par une appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Pour Mme le Professeur Valérie MALABAT, ces appréciations « sont des raisonnements qui peuvent servir à l'application du standard au cas d'espèces, dès lors que celui-ci renvoie à des données humaines et non pas seulement à des données concrètes. L'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* participent ainsi de la définition de

²⁵¹⁵Ibid.

²⁵¹⁶F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 239 ; V. également B. FILLION, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Paris II, 1979, p. 31 (cité par P.-A. BON, op. cit., p. 105).

²⁵¹⁷F. DEFFERRARD, op. cit., p. 236.

²⁵¹⁸D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 327, p. 394.

²⁵¹⁹R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 550.

²⁵²⁰F. DEFFERRARD, op. cit., p. 233.

²⁵²¹V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 1999, p. 14.

l'incrimination considérée, de l'interprétation de la loi pénale »²⁵²². En matière de preuve, « en examinant les conséquences fortement vraisemblables d'un acte sur un prototype plus ou moins abstrait, les magistrats des juridictions répressives peuvent forger leur intime conviction sur la réalité de ces conséquences sur la personne qui les a invoquées, notamment lorsqu'il s'agit de conséquences psychologiques ou morales, par nature difficiles à établir »²⁵²³. Seule cette appréciation approfondie permet de lever les imprécisions tenant à la constatation simple d'adminicules.

1240. ***La provocation suivie d'effet et appréciation in concreto.*** Une telle évaluation est nécessaire dans la mesure où l'acte de provocation peut ne pas avoir été suffisamment persuasif – comme une persuasion simple - pour entraîner l'infraction principale réalisée. Ce qui revient à dire que le provocateur a pu n'avoir aucune réelle influence sur l'auteur principal²⁵²⁴. Ainsi, l'existence d'une infraction principale ne suffira pas pour sanctionner le provocateur et déduire son rôle causal. Tel que l'évoque justement un auteur, si les actes prévus par les adminicules sont capables abstraitement de provoquer un individu, « il n'est pas possible d'en conclure nécessairement que *in concreto*, ces actes ont effectivement eu un tel résultat »²⁵²⁵.

Un arrêt de la cour de Montpellier en est un exemple²⁵²⁶. En l'espèce, suite à une réunion du mouvement des jeunes viticulteurs durant laquelle son président avait incité à la commission de sabotages, l'un d'entre eux s'est rendu coupable du délit d'entrave à la circulation routière par le dépôt de tessons de bouteilles sur la chaussée. La cour considéra alors que le président n'avait pas l'autorité morale requise. « Si ce dernier avait bien, abstraitement, de par sa fonction au sein du mouvement une autorité sur les membres de celui-ci, il n'avait pas concrètement la capacité de susciter l'obéissance »²⁵²⁷. L'auteur principal n'avait pas perdu son autonomie de décision, et le président ne s'était pas rendu coupable de complicité par provocation.

C'est reconnaître ici que le président du mouvement était d'avantage un « chef élu » (rôle attaché à sa fonction) qu'un « meneur » et qu'il n'avait pas assez de prestige pour que son

²⁵²²V. MALABAT, *id.*, p. 13.

²⁵²³V. MALABAT, *id.*, p. 16.

²⁵²⁴P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 282, p. 105. L'auteur donne l'exemple d'un individu qui aurait voulu persuader un autre de tuer contre un don. Les juges constatent un don du complice au criminel. Mais son montant est dérisoire, et n'aurait donc en rien influencé le passage à l'acte de l'auteur principal, qui a pu conserver intact son libre arbitre. La persuasion était simple et n'a pas réellement influencé le provoqué.

²⁵²⁵*Ibid.*

²⁵²⁶CA Montpellier, 16 décembre 1964, D. 1965, p. 459 ; V. également pour une étude de cette solution P.-A. BON, *op. cit.*, p. 106.

²⁵²⁷P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 106.

incitation ait eu le pouvoir de suggestionner les membres du mouvement. La conclusion des juges aurait pu être différente si de nombreux participants avaient commis des infractions par un effet de persuasion coercitive du président, démontrée par certaines de ses paroles.

Ainsi, si dans un cas d'espèce, des dons, promesses, menaces, ordres, abus d'autorité ou de pouvoir peuvent de prime abord se constater, il ne peut être conclu à un acte de provocation en lien avec un acte principal. Les juges du fond doivent s'interroger sur « **l'efficacité concrète du moyen de provocation employé** »²⁵²⁸.

En matière de persuasion, il nous semble d'autant plus important de le vérifier, certaines manœuvres de persuasions pouvant être efficaces, d'autres moins. L'acte de provocation devra donc être une condition *sine qua non* de l'acte provoqué, c'est-à-dire que sans l'intervention du provocateur, ce provoqué ne serait pas passé à l'acte. Ainsi, la théorie de l'équivalence des conditions pourra être mise en œuvre mais par l'adoption d'une appréciation *in concreto* des actes de provocation. « L'existence d'un lien causal certain sera acquise si l'acte de provocation employé a concrètement, compte tenu des circonstances de fait et des caractéristiques de l'auteur, déterminé celui-ci à l'action »²⁵²⁹.

1241. ***La preuve facilitée de la provocation directe.*** Lorsque la provocation est directe, elle suppose que le provocateur ait précisé le comportement à suivre, l'infraction à commettre. La provocation n'est pas pourvue d'ambiguïté. De plus, l'existence d'une infraction principale immédiatement après un acte de provocation pourrait emporter la conviction du juge. Il ne serait donc pas nécessaire que les juges du fond recherchent et établissent le lien entre les propos provocateurs et les faits accomplis²⁵³⁰. Car ce caractère direct de la provocation viendrait illuminer la raison du juge quant à l'existence d'un lien de causalité certaine entre l'acte du provocateur et l'acte du provoqué, c'est-à-dire l'infraction principale.

Toutefois, en cas de doute, une telle présomption pourra être renforcée par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions afin de s'assurer de la réalité du lien. Cette appréciation sera d'autant plus utile lorsque le provocateur aura utilisé comme moyen un acte psychologique de persuasion, dont il paraît parfois difficile de constater l'influence sur l'auteur principal. Dans l'exemple précédemment cité²⁵³¹, au contraire, il semble que les juges se soient fondés sur le constat que le président du mouvement des viticulteurs n'avait pas utilisé de

²⁵²⁸D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 394.

²⁵²⁹P.-A. BON, op. cit., p. 106.

²⁵³⁰Cass. crim., 18 septembre 1890, D. 1891, 1, p. 186.

²⁵³¹CA Montpellier, 16 décembre 1964, préc.

manœuvres de persuasion coercitive pour ne pas le considérer comme provocateur de l'infraction commise.

En définitive, si la provocation directe n'est pas plus « causale » qu'une provocation indirecte, il faut bien admettre que la précision par le provocateur de l'infraction à commettre facilitera la preuve de son intervention dans l'infraction principale. Et en particulier, si la provocation est suivie d'effet, selon la théorie de l'équivalence des conditions, l'acte provocateur sera par hypothèse la cause nécessaire de l'infraction. Par la double constatation d'une provocation non équivoque à commettre une infraction déterminée par le provocateur et d'une infraction consommée ou tentée par le provoqué, le lien de causalité semble être établi sans aucune difficulté. Cependant des auteurs soulignent l'intérêt d'examiner la relation entre provocateur et provoqué.

1242. ***L'intérêt de la causalité subjective.*** Pour Mme Diane PORTOLANO²⁵³², au-delà d'une approche objective du lien de causalité, une approche subjective devrait être envisagée, pour « loin d'évincer la causalité, [permettre] de la renouveler et de lui restituer toute son importance »²⁵³³. Nous rejoignons l'auteur qui considère qu'un **troisième terme dans la constitution de la chaîne causale** devrait être pris en compte dans les comportements de provocations : « outre le fait de la personne provoquée et le résultat de son acte, **l'influence du provocateur sur la personne provoquée** doit préalablement être établie »²⁵³⁴. Car l'imputation de l'infraction implique également une causalité subjective : « il s'agit de relier la provocation, c'est-à-dire l'intention du provocateur matérialisée par des adminicules, à l'intention délictuelle de la personne provoquée »²⁵³⁵.

Ce raisonnement implique, en plus d'une causalité entre l'acte de provocation et l'acte provoqué, non seulement la recherche des intentions respectives du provocateur et du provoqué, mais surtout l'établissement de leur relation causale par le biais du **critère de l'influence causale** car, « **le lien de causalité n'est, en réalité, qu'un lien entre deux intentions : celle**

²⁵³²A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, op. cit., n° 421, p. 351. L'auteur parle d'un « lien de causalité intellectuelle, unissant les intentions de l'auteur principal et du complice ». ; V. également, D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 326, p. 393.

²⁵³³D. PORTOLANO, op. cit., p. 400.

²⁵³⁴D. PORTOLANO, id., p. 401.

²⁵³⁵Ibid. Mme Diane PORTOLANO précise toutefois que l'étude de cette causalité n'interviendrait que dans un second temps, après « l'étude de l'existence ou de l'absence d'une pleine imputabilité et d'une pleine culpabilité chez les personnes du provocateur et du provoqué ».

de l'instigateur et celle de l'auteur »²⁵³⁶. C'est d'ailleurs ce qu'admet la jurisprudence lorsqu'elle refuse de sanctionner la simple incitation.

1243. *L'appréciation d'une causalité subjective par la recherche de manœuvres persuasive de provocation.* Les provocations doivent être suffisamment persuasives, en altérant plus ou moins le libre arbitre de la personne provoquée. Tout dépendra alors des moyens de persuasion, simple ou complexe. Ainsi cette causalité subjective, nous rejoignons Mme Diane PORTOLANO, sera davantage appréciable lorsque le provocateur aura utilisé des moyens de persuasion complexe et permettra notamment de **constater l'altération de la liberté du provoqué**. « Certes, l'examen des desseins et des volontés internes soulève des difficultés d'appréciation, néanmoins deux raisons l'imposent : d'abord le souci d'empêcher les juges de faire l'impasse sur cette difficile analyse, ensuite parce que nier l'exigence de cette analyse en raison de sa difficulté ne constitue en rien un gage d'efficacité ou de justice »²⁵³⁷.

1244. *La causalité subjective et imitation plurilatérale verticale.* Nos différents développements sur l'existence de phénomènes d'imitation verticale dans le champ criminel vont dans le sens d'une nécessaire appréciation de la causalité subjective, et notamment pour apprécier le caractère durable de l'influence du provocateur sur le provoqué.

Les moyens de provocation ne sont en effet pas équivalents selon **leur effet d'altération de la liberté de choix et du discernement du provoqué**. Une contrainte puissante, par la menace par exemple, qui annihile la volonté du provoqué et l'oblige à commettre une infraction, ne touche pas durablement son libre arbitre. Ses effets cesseront dès lors que cessera la menace. De même, certains événements peuvent favoriser, momentanément et par « passion » l'influence d'un individu sur d'autres personnes, mais liée à des circonstances de temps et de lieu, celle-ci diminuera ou disparaîtra au terme des événements considérés – pour exemple les délits et crimes commis dans la foule.

Beaucoup plus puissants sont les phénomènes de mimésis sociale verticale qui consistent à faire passer de l'esprit d'un provocateur à celui d'un provoqué des représentations, des modèles d'attitudes et de comportements qui peuvent changer totalement sa vision du monde. Le provocateur manipulateur n'altère pas la volonté du provoqué mais la met au service

²⁵³⁶H. M. ABDOUL SEOUL, *La provocation par la voie de la presse en droit français et en droit égyptien*, Thèse Paris, 1949, p. 85 (cité par D. PORTOLANO, op. cit., p. 402).

²⁵³⁷D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 401.

de ses propres desseins. Ce processus peut avoir deux conséquences sur l'appréciation du lien de causalité.

D'une part, parce qu'il est fortement impressionné par le modèle qui lui a été « soufflé », l'intention du provoqué peut épouser, par mimésis, si étroitement celle de son provocateur qu'il devient difficile d'identifier celui-ci, derrière²⁵³⁸ le comportement délictuel. Et seule la recherche d'une relation de subordination, étayée par la constatation de manœuvres de persuasion, permettra au juge de lever l'illusion.

D'autre part, s'il est établi que le provocateur a pu assujettir la volonté du provoqué au point de lui faire commettre un acte antisocial, la provocation à la *mimésis* et à l'imitation verticale pose la question du fondement de l'imputation de sa responsabilité pénale comme complice.

Paragraphe 2. Exigence d'une causalité virtuelle de l'infraction de provocation non suivie d'effet

1245. *Causalité et prévention des effets d'une provocation.* Les infractions autonomes de provocation permettent de punir un provocateur avant même que ses actes soient suivis d'effet sur un ou des provoqués. Il n'est alors aucunement complice mais auteur de sa propre infraction.

Pour certains, s'agissant des infractions de prévention la recherche du lien de causalité n'est pas utile à l'engagement de la responsabilité de leur auteur, dans la mesure où le résultat se confond avec le comportement. L'exigence de la causalité en pareil cas est simplement atténuée, car « elles ne renvoient pas, en raison de leur élément matériel à une relation causale complète »²⁵³⁹. Toute référence à la causalité n'est donc pas écartée en matière d'infraction de préventions.

Une provocation susceptible d'être suivie doit **démontrer une certaine aptitude à inciter**, « cet effet serait-il invisible ou d'une totale innocuité matérielle ou morale »²⁵⁴⁰, pour justifier l'engagement de la responsabilité pénale du provocateur. Certains auteurs parlent alors d'un lien de causalité virtuel²⁵⁴¹, d'un lien potentiel ou éventuel²⁵⁴², ou encore d'une « causalité

²⁵³⁸Et nous pourrions ajouter au-dessus du comportement délictuel.

²⁵³⁹D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 329, p. 395.

²⁵⁴⁰F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 236.

²⁵⁴¹P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 104 et s.

²⁵⁴²C. QUEZAL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Thèse Savoie, 2008, n° 413, p. 382.

formelle »²⁵⁴³. Et les infractions formelles seraient, avec le résultat redouté, dans un rapport causal plus direct que les infractions obstacles²⁵⁴⁴, qui répriment des comportements encore très éloignés de la réalisation du résultat en vue duquel elles ont été créées²⁵⁴⁵.

1246. ***L'appréciation de la causalité virtuelle.*** Là encore, il arrive que le législateur apprécie lui-même la « potentialité causale » de certains comportements, « en considérant ceux-ci, *a priori*, comme de nature à participer à la réalisation du résultat redouté, sans que le juge n'ait sur ce point à exercer une quelconque appréciation »²⁵⁴⁶, notamment en matière de provocation. Tel est le cas de l'article 433-10 du Code pénal selon lequel « la provocation directe à la rébellion, manifestée soit par des cris ou des discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». Le simple appel à la rébellion suffit pour le législateur à caractériser une causalité potentielle.

Lorsqu'il leur est demandé d'apprécier le lien causal entre acte de provocation et acte provoqué, les juges s'attellent alors à une analyse fictive permettant de punir le provocateur sans pour autant constater que son acte a été suivi d'effet. La « méthode cognitive du lien entre la provocation et un effet inexistant »²⁵⁴⁷ sera celle de la recherche d'une causalité adéquate.

1247. ***L'appréciation in abstracto de la provocation.*** Dans la mesure où aucune personne n'aura été provoquée, une appréciation concrète ne peut être appliquée. Par conséquent, c'est par une appréciation *in abstracto* que les juges du fond auront à mesurer l'influence virtuelle de l'acte de provocation. Cette évaluation « s'explique de façon générale par la primauté octroyée en ces matières [d'infractions formelles et obstacles] à la **dangerosité de l'acte en lui-même**, indépendamment de toute considération propre aux éventuelles victimes pouvant être identifiées »²⁵⁴⁸. L'appréciation *in abstracto* permettra ainsi de vérifier **l'efficacité intrinsèque de la provocation** et « de mettre à l'écart [les] hésitations [des juges], et de trancher »²⁵⁴⁹.

²⁵⁴³F. DEFFERRARD, op. cit., p. 237.

²⁵⁴⁴L. ROZES, *L'infraction consommée*, RSC 1975, p. 618.

²⁵⁴⁵A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse Montpellier, 2001, n° 20, p. 32.

²⁵⁴⁶V. sur ce point P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., n° 337, p. 133.

²⁵⁴⁷F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 238.

²⁵⁴⁸D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie Générale de la provocation*, op. cit., p. 396. L'auteur ne néglige pas toutefois qu'une appréciation *in concreto* puisse être exceptionnellement retenue.

²⁵⁴⁹F. DEFFERRARD, op. cit., p. 237 ; V. par ex., CA Paris, 13 septembre 2001, D. 2002, IR 44, s'agissant de la diffusion sur internet d'une image du Christ. Celle-ci est considérée comme outrageante mais sa diffusion ne

Concernant une causalité subjective il semble possible de mettre en relation l'influence de l'intention du provocateur qui n'aura pas été suivie avec celle d'un homme normalement raisonnable.

1248. *Causalité virtuelle et Provocation directe non suivie d'effet.* Lorsque le provocateur aura provoqué à une infraction déterminée, les juges répressifs pourront apprécier les circonstances de temps et de lieu - pour établir une causalité objective - ainsi que les termes et propos employés par le provocateur - pour établir une causalité subjective. Le provocateur instaure non seulement un climat mais indique avec certains détails l'acte à accomplir²⁵⁵⁰. Il ne s'agit « pas seulement d'une excitation générale, d'un soulèvement de passions, desquels auraient pu résulter ensuite des actes coupables. Il s'agit d'un appel direct à commettre tel crime, tel délit précis »²⁵⁵¹.

1249. *Causalité virtuelle et provocation indirecte non suivie d'effet.* La preuve de la provocation indirecte est, en revanche, plus délicate à rapporter. En effet, les juges du fond devront constater les moyens employés par le provocateur ainsi que le caractère déterminant de ces derniers. Par application de la théorie de la causalité adéquate, ils devront vérifier si la provocation est bien la cause probable d'un état d'esprit particulier à commettre un acte répréhensible, qu'il soit incriminé, telle que la discrimination, ou qu'il soit simplement moralement blâmable, telle que la haine.

Tout dépendra alors des circonstances de faits appréciées souverainement par les juges du fond pour conclure que l'acte était de nature à entraîner la réalisation du résultat redouté et **influencer une personne raisonnable.**

1250. *Infractions de provocation non suivie d'effet et imitation plurilatérale verticale.* Comme pour toutes les infractions formelles et obstacles que nous avons rencontrés dans notre deuxième partie, les infractions de prévention à la provocation apparaissent comme le moyen d'empêcher la survenance d'événements graves en incriminant une potentialité dangereuse. Et

constitue pas une provocation au sens de l'alinéa 6 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881. En effet, si elle est « susceptible de provoquer l'indignation des membres de la communauté chrétienne, elle n'incite pas, à leur égard, à la discrimination [...] ». Autrement dit, la provocation n'était pas en l'espèce un fait générateur.

²⁵⁵⁰Cass. crim., 29 mars 1971, B. crim. n°112, s'agissant d'un leader dévoilant aux militants l'heure, le lieu ainsi que les actions illicites à entreprendre sur la voie publique.

²⁵⁵¹M. P. FABREGUETTES, *De la Complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Art. 59, 60 du Code pénal, lois des 29 juillet 1881, 28 juillet 1894, Etude philosophique et juridique, Paris : Éditeur Chevalier-Marescq, 1894-1895, p. 69.

si l'on considère que certaines provocations reposent sur des « appels » à l'imitation plurilatérale verticale, dans lesquelles un provocateur cherche à fournir des modèles illicites à suivre, les infractions autonomes de prévention justifient la sanction d'un individu qui met en place les prémices d'une imitation antisociale.

Le raisonnement ne s'appuie pas ici sur des actes matériels constitutifs de l'appartenance à un groupe restreint délictuel mais sur l'appréciation d'un agissement qui peut conduire à la diffusion et la mise en acte d'intentions criminelles : la création d'une représentation illicite, appréciable à travers le contenu et les moyens d'expression du provocateur, la résolution de communiquer cette représentation de manière publique ou non publique, et la volonté de déclencher ou de favoriser sa reproduction par des moyens de persuasion coercitive. Ces moyens confèrent à la provocation un caractère virtuellement dangereux car susceptible de convaincre et de séduire une personne raisonnable. En effet, la provocation coercitive qui utilise la manipulation mentale²⁵⁵², en prônant des images délictueuses et par des promesses ou autres manœuvres qui permettent d'altérer le discernement d'un individu, peut avoir des effets durables sur un provoqué qui peut alors développer lui-même, par mimésis, une potentialité dangereuse.

1251. ***Pour conclure sur la causalité en matière de provocation.*** Lorsqu'elle est suivie d'effet, la provocation introduit un « **troisième terme dans la constitution de la chaîne causale** »²⁵⁵³, ou plus exactement, d'après nous, elle en constitue le premier terme, qui imprime à celle-ci un déroulement par ricochet. Le provocateur détient une responsabilité causale sur les actes du provoqué, dont les actes sont eux-mêmes en lien causal avec le résultat d'une infraction. **Le provocateur est ainsi la « faute de la faute »**. Et si la provocation suggère une imitation verticale, cette double causalité existe toujours même si le provocateur peut paraître caché, « masqué » derrière le provoqué. C'est pourquoi les juges doivent apprécier non seulement une causalité objective mais également subjective des actes de provocation²⁵⁵⁴.

²⁵⁵²Rappelons que nous avons distingué les provocations à l'imitation d'un comportement illicite selon qu'elles utilisent des moyens de persuasion simple – qui laisse intact la liberté de choix du provoqué – ou des moyens de persuasion complexe, ou coercitive, qui relève de manœuvres de manipulation mentale conduisant à instaurer chez le provoqué un état de suggestion psychologique et d'emprise. Les provocations par persuasion complexe altèrent le discernement et la liberté de choix du provoqué, et il est concevable que cet effet puisse être plus ou moins stable.

²⁵⁵³D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 401.

²⁵⁵⁴Ce qui permettra également de distinguer l'apologiste du provocateur. En effet, nous avons vu que l'apologie peut trouver également comme conséquence, la commission d'une infraction. Toutefois, l'apologiste n'appelle pas ni ne suggère un acte. L'appréciation de l'acte dépendra alors de la causalité subjective - ainsi devront être recherchées, pour la qualifier, l'intention de l'agent et celle de l'individu qui se trouve provoqué. V. *supra* n° 1188.

Ces éléments permettent notamment d'expliquer, par exemple, qu'un écrivain dont l'un des personnages fictifs aura suscité la volonté d'un individu de reproduire les actes illicites décrits dans un ouvrage, puisse se défendre de ne pas avoir eu l'intention d'un quelconque passage à l'acte, alors même qu'il souhaitait susciter la passion chez ses lecteurs. En aucun cas il ne manipule son lecteur puisque les circonstances de la communication d'une représentation sont clairement celles d'une fiction récréative et qu'il n'use d'aucun moyen pour persuader son lecteur de mettre en acte sa représentation²⁵⁵⁵.

En revanche, communiquer et partager sur internet des images de délits ou de crimes, en suggérant qu'elles sont louables et représentant des conduites à suivre, témoigne clairement de la volonté de susciter des imitations pour aboutir, par le biais de provoqués interposés, à la commission de dommages graves envers la Société. Ce raisonnement permet notamment de rejeter l'idée que l'engagement de la responsabilité pénale du provocateur soit une responsabilité non personnelle du fait d'autrui.

La provocation à l'imitation verticale nous renvoie donc à ouvrir la réflexion sur les **fondements de la responsabilité pénale de certains provocateurs manipulateurs**, et à nous interroger sur l'**engagement de la responsabilité des provoqués**.

II. L'absence d'homogénéité dans la répression de la provocation ou de l'instigation : intérêt d'une nouvelle qualification de participation en matière d'instigation par provocation

1252. **Imputation.** Nous venons de voir que l'appréciation de la **causalité objective**, complétée par celle de la **causalité subjective de la provocation**, permettrait une réelle prise en compte du rôle du provocateur, qu'il ait été suivi ou non par un ou plusieurs individus. Cette considération devrait également s'observer dans les textes fondant sa responsabilité pénale²⁵⁵⁶.

²⁵⁵⁵En revanche, le livre *Suicide mode d'emploi, histoire, technique, actualité*, de C. GUILLON et Y. Le BONNIEC a été censuré à la fois, il nous semble, au regard de la causalité objective et de la causalité subjective, pour provocation au suicide même non suivie d'effet. Les auteurs présentaient le fait de se donner la mort sans souffrances inutiles comme un droit, ajoutant « qu'un droit n'est rien sans les moyens de l'exercer ». Ainsi fallait-il, selon eux, un guide qui fasse le point des « recettes » actuellement connues. V. Cass. crim., 13 novembre 2001, B. crim. n° 234.

²⁵⁵⁶J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, p. 94. Selon M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD, « le droit établit un libre rapport de cause à effet par le recours de l'imputation. Cette imputation est fonction de l'interprétation que le droit propose de l'acte et donc de la culpabilité ou dangerosité qui colore un tel acte. Autrement dit, la sanction ou la peine ne se présente pas comme l'effet inéluctable d'un acte quantitativement considéré, mais bien plutôt comme l'effet virtuel de cet acte en raison de sa dimension qualitative ».

1253. *Différentes qualifications.* Le droit interprète les actes délictuels selon trois qualifications de participation à l'infraction, qui déterminent alors trois modes d'imputation : auteur, coauteur, complice.

Concernant la provocation à l'infraction, le législateur l'a érigée en cas particulier de complicité prévu par l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal. Toutefois, au vu de certaines insuffisances des textes en la matière, il a également incriminé à titre autonome des provocations spéciales. Ainsi, selon les incriminations, le **provocateur** est sanctionné soit comme **complice**, soit comme **auteur autonome**. Une telle imputation n'est pas sans conséquence puisqu'elle entraîne une absence d'homogénéité dans la répression du provocateur, et plus largement de l'instigateur. Il en résulte également une inadéquation du système d'engagement de la responsabilité du provocateur, notamment au regard du concept d'imitation appliqué au droit pénal, qui permet d'apprécier le rôle d'un provocateur manipulateur. C'est pourquoi nous proposons de revenir sur la qualification juridique de la provocation.

Pour cela, nous envisagerons d'abord les inconvénients des fondements actuels de la responsabilité pénale du provocateur (Paragraphe 1) pour ensuite proposer des pistes de réflexions pour la création d'un nouveau mode d'imputation consacré aux provocateurs, et plus largement aux instigateurs (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Critiques des fondements actuels de la répression du provocateur

1254. *Hétérogénéité et inadéquation du système d'imputation.* Malgré l'existence d'infractions autonomes, il n'en demeure pas moins que l'absence d'homogénéité dans la répression de la provocation, et plus largement de l'instigation, ne permet pas une imputation²⁵⁵⁷ claire du comportement de celui que l'on peut nommer « l'auteur derrière l'auteur ». Considérer le provocateur comme complice revient à banaliser son rôle. Or nous avons vu précédemment que certains provocateurs peuvent présenter une dangerosité certaine lorsque, par des manœuvres de persuasion qui relèvent de la manipulation mentale, ils altèrent la liberté du

²⁵⁵⁷ Nous n'entrerons pas dans les détails des débats que suscite la notion d'imputation. Nous entendons ici le terme imputation comme le fait de rattacher, de désigner la personne pénalement responsable d'une infraction. V. notamment D. ALLAND, N. RIAS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, V° Imputation, p. 1345 : « Opération intellectuelle qui consiste à attribuer à un sujet de droit l'obligation de répondre de ses actes et de leurs conséquences ou de ceux d'un tiers auquel il s'est substitué » ; V. également pour plus de détails sur la notion d'imputation, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 2009.

provoqué profondément et durablement, au-delà de la commission d'une infraction. La faculté persuasive et « fascinante » d'un provocateur manipulateur assujettit le provoqué et l'instrumentalise, en aliénant sa volonté au service de ses propres desseins criminels. Plus généralement, le provocateur est le créateur de la représentation illicite et c'est parce qu'il la communique sciemment à un provoqué que celui-ci commet une infraction.

1255. ***Les différents fondements de la répression du provocateur.*** Traditionnellement, le droit pénal français considère exclusivement l'auteur matériel comme auteur de l'infraction. Or le provocateur n'est pas, la plupart du temps, un auteur matériel²⁵⁵⁸. Juridiquement, trois solutions sont envisageables pour imputer l'action d'un provocateur. L'engagement de sa responsabilité sur le fondement de la complicité est historiquement la première prévue par le législateur. Puis, par des dispositions spéciales, certaines provocations ont été érigées en infractions autonomes, dont le provocateur est auteur. Enfin, en application de la théorie de l'auteur moral, il est possible d'assimiler tout provocateur à un auteur de l'infraction provoquée, voire un coauteur.

1256. ***La complicité.*** Au regard de la complicité, plusieurs raisons peuvent être évoquées pour rejeter l'application au provocateur de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal.

D'une part, il ne semble pas que la liste des adminicules prévue par le législateur puisse absorber tous les moyens de provocations. En effet, ne sont pas pris en compte notamment ceux qui consistent en une tromperie amenant le provoqué à commettre, malgré lui, une infraction. Ce procédé révèle pourtant la dangerosité de certains provocateurs.

D'autre part, passer par la théorie de la complicité ne semble pas toujours adapté pour saisir la criminalité de certains « promoteurs »/« souffleur » d'infractions. « L'analyse sous l'angle de la complicité présente l'inconvénient de conférer à l'activité réprimée une nature accessoire, que contredit la réalité criminologique »²⁵⁵⁹. Le rôle du provocateur ne saurait être réduit à celui de simple complice.

Enfin, l'alinéa 2 ne sanctionne la provocation que si elle est suivie d'effet pour être punissable. Or une telle situation paraît fort contestable dans la mesure où elle revient *a contrario* à ne pas sanctionner la provocation non suivie d'effet. Pourtant, la dangerosité du

²⁵⁵⁸A moins qu'il ait participé matériellement à la scène infractionnelle au côté des provoqués ou qu'il soit auteur d'une infraction autonome.

²⁵⁵⁹J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., p. 574.

provocateur demeure et celui-ci pourra toujours chercher une autre personne à provoquer, jusqu'à arriver à ses fins. Certes, les éléments de preuve d'une culpabilité peuvent être difficile à rapporter, mais ce texte revient à attendre le passage à l'acte d'un provoqué pour sanctionner le provocateur.

Les interventions par parcimonie du législateur pour incriminer de façon autonome les provocations sont donc bien venues, pour pallier les insuffisances des dispositions générales. Cela étant établi, celles-ci restent ciblées et ne concernent pas toutes les provocations à des actes illicites. En dehors de ces cas, le provocateur n'est qualifié que de participant au crime ou au délit commis par un autre. Ainsi, il nous semble que celui-ci doit trouver une place à sa « juste valeur » de criminel.

1257. ***L'auteur moral.*** On parle, à ce titre, d'auteur moral ²⁵⁶⁰ opposé à l'auteur matériel. Une telle conception permet ainsi de ne pas confondre, le « bras » et le « cerveau » ²⁵⁶¹. L'auteur moral ²⁵⁶² exerce sciemment « une influence déterminante sur la volonté criminelle » de l'auteur matériel et lui « fait commettre une infraction » ²⁵⁶³, qu'on peut donc également porter à son compte.

Ainsi cette qualification juridique de participation englobe plus largement tout instigateur : le provocateur et l'instructeur. Ce dernier, en effet, en donnant les instructions nécessaires à la commission de l'infraction, partage ou adhère à la détermination criminelle. La notion d'auteur moral a l'avantage de mieux cerner la réalité criminologique, non prévue par les textes d'incrimination, puisque ce n'est que par exception que l'instigateur est compris comme auteur juridique.

- Auteurs en faveur du maintien de la qualification du provocateur comme complice.

Des criminologues continuent, toutefois, à considérer que l'instigateur est un criminel moins dangereux que l'auteur matériel. En effet, pour CARMIGNANI par exemple, « la participation morale même la plus directe est purement accessoire et secondaire : le rôle de l'agent qui, séduit par de l'or ou des promesses, se charge d'exécuter un crime, suppose le plus souvent une audace

²⁵⁶⁰J. PAYENNE, *L'auteur moral de l'infraction*, Thèse Bordeaux IV, 2001, n° 6.

²⁵⁶¹Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 401.

²⁵⁶²Nous garderons le dénomatif « auteur intellectuel » au domaine de la responsabilité en matière de presse et la responsabilité pénale pour fait d'autrui.

²⁵⁶³M. SILZ, *Auteur intellectuel et auteur moral*, RID pén. 1936, pp. 140-141 ; V. également J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, 1, p. 134.

plus grande, une corruption plus éhontée que celui de l'instigateur lui-même qui peut agir sous l'empire de passions »²⁵⁶⁴. En outre, une partie de la doctrine reste encore réticente à l'idée que le provocateur - et plus largement l'instigateur - soit considéré autrement que comme complice à une infraction principale, dans la mesure où il n'a pas matériellement participé à l'infraction.

- *Auteurs en faveur d'une qualification autonome du provocateur.* Une minorité d'auteurs défendent la position inverse. Ainsi pour M. Jérôme BIGUENET, « même à supposer que l'auteur a été, bien avant l'acte d'instigation à la suite duquel il a violé la loi, un fervent partisan de l'acte criminel accompli ou qu'il a agi par intérêt (par lucre par exemple) et non par crainte, il n'en reste pas moins que sans cette provocation, on est en droit, et même dans l'obligation juridique et morale, de présumer que son comportement n'aurait jamais dépassé le stade de l'intention non extériorisée et, par conséquent, non réprouvée et non punie par la loi pénale puisque, jusqu'à ce qu'il soit sollicité, il avait contenu ses pulsions criminelles. *A priori* donc, si cette intention devait rester à ce seul stade, c'est parce que celui qui la portait ne méprisait pas assez l'intérêt protégé par l'incrimination dans le champ de laquelle son comportement est entré pour porter atteinte à cet intérêt. C'est donc bien, dans tous les cas envisagés, parce que l'instigateur a agi qu'il y a eu trouble à l'ordre public »²⁵⁶⁵. Pour M. Frédéric PARDO, « appréhender le provocateur comme complice conduit à l'atteindre par ricochet, alors pourtant qu'il est à la genèse de l'infraction »²⁵⁶⁶.

A la lumière de ce que nous avons vu sur l'enchaînement causal de la provocation, nous alignons sur ces propos car ils nous semblent en outre refléter les effets possibles d'une imitation verticale. Si le provoqué « ne méprisait pas assez l'intérêt protégé » pour commettre l'infraction avant l'intervention du provocateur, c'est donc que ce dernier lui a soufflé la représentation de l'acte à commettre. Il lui a fourni le modèle du passage à l'acte et l'a entraîné dans un agir mimétique en référence à ce modèle. L'influence est sciemment exercée, donc verticale allant du « donneur de modèle » au mime. En ce sens, l'instigateur, et donc le provocateur, est plus dangereux qu'un simple complice. Il nous semble l'avoir suffisamment démontré lorsqu'il use de moyens de persuasion complexe.

Considérer celui qui a aiguisé des penchants jusqu'alors inhibés du provoqué, ou qui l'a

²⁵⁶⁴CARMIGNANI, cité par G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de Droit pénal et de science pénitentiaire*, Paris : Rousseau & cie, 1947-1949, t. 1, p. 412.

²⁵⁶⁵J. BIGUENET, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et provocation*, Dr. pén., 2001, chron., n° 10.

²⁵⁶⁶F. PARDO, *Le groupe en droit pénal, des foules criminelles au crime organisé : Contribution à l'étude des groupes criminels*, p. 248.

manipulé mentalement en altérant sa liberté, au même titre que celui qui a aidé à une infraction ne nous semble pas en adéquation avec la réalité criminelle. Le provocateur manipulateur joue incontestablement un rôle déterminant dans la commission d'une infraction. Et même si aucune infraction n'est commise, il nous semble qu'il a accompli un acte qui devrait trouver sanction dans la mesure où il a créé et communiqué sciemment la représentation d'une image mentale illicite excitant les esprits.

Le provocateur est un « cerveau » de l'action et peut être un meneur d'hommes, un créateur de délit ou de crime et donc un auteur moral : il tend, grâce à des moyens plus ou moins coercitifs, à faire commettre par un autre une infraction. De surcroît, il faut admettre que le provocateur peut instrumentaliser le provoqué pour dissimuler son existence, tel un masque posé sur sa détermination criminelle, ou encore pour délibérément déclencher une contagion d'actes provoqués. Pour M. BEGUINET, « s'il est toujours, intellectuellement, l'auteur de l'infraction, l'instigateur n'en est pas l'auteur matériel à cause d'une incapacité physique (manque de force) ou psychique (manque de courage), mais le plus souvent par malice ou parce que son appétit criminel l'oblige à s'adjoindre des exécutants »²⁵⁶⁷.

1258. **L'auteur médiateur.** Certains auteurs parlent d'« auteur médiateur » pour désigner celui qui utilise un tiers comme un instrument entre ses mains pour réaliser une infraction²⁵⁶⁸. D'ailleurs, les codes pénaux italien²⁵⁶⁹ et allemand²⁵⁷⁰ qualifient spécialement celui qui commet une infraction par l'intermédiaire d'un tiers comme auteur, et non complice. Parce que la provocation par tromperie est souvent considérée comme la plus dangereuse dans la mesure où les provocateurs « réifient » un tiers afin de s'en servir comme instrument à la commission d'une

²⁵⁶⁷J. BEGUINET, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et provocation*, op. cit., n° 13, distinguant le complice de l'instigateur.

²⁵⁶⁸V. en ce sens M. O. MOUSTAFA, *L'auteur de l'infraction*, Thèse Paris, 1958, p. 444 ; J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, op. cit., n° 311 et s., spéc. n° 362. Cet auteur distingue bien l'auteur médiateur de l'auteur moral et considère l'auteur médiateur comme un auteur matériel car il est seul coupable dans l'infraction considérée ; Alors que d'autres préfèrent l'expression d'auteur moral, V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, *Le droit pénal général du sang contaminé*, Dr. Pénal 2004, chron. n° 2 ; J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise* ; D'autres encore parlent d'auteur médiateur pour évoquer celui qui, pouvant éviter la commission d'une infraction, la laisse commettre par un de ses subordonnés, permettant ainsi d'imputer au dirigeant une infraction commise par l'un de ses préposés. Ou encore d'auteur indirect, dans la mesure où il ne commettrait l'infraction qu'indirectement. V. notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 376 et n° 378 ; Toutefois, à l'instar de M. François ROUSSEAU, nous nous garderons de circonscrire la notion d'auteur indirect au domaine des infractions non intentionnelles, c'est-à-dire à ceux qui créent une situation permettant la réalisation du dommage, qui ne fait pas l'objet de notre étude (F. Rousseau, *L'imputation de l'infraction*, op. cit., p. 340).

²⁵⁶⁹V. M. O. MOUSTAFA, *L'auteur de l'infraction*, op. cit., p. 446.

²⁵⁷⁰V. M. SILZ, *Auteur intellectuel et auteur moral*, op. cit., p. 161 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 217.

infraction, sans que celui-ci se rende nécessairement compte qu'il accomplit un acte illicite.

Toutefois, nous voudrions souligner un point. Le provocateur par manipulation mentale nous paraît être plus dangereux que celui qui agit par tromperie (voire même par contrainte physique). Car la tromperie ou la contrainte ont des effets ponctuels, et une fois l'infraction commise, le provoqué retrouve sa liberté de choix. Alors qu'un **esprit manipulé peut durablement perdre son discernement** et sa liberté, « fasciné » par le « prestige » du provocateur, et imprégné du modèle de conduite qu'on lui a comme « injecté ». Nous avons vu que l'imitation conduit parfois au résultat que le mime s'identifie au modèle ou au donneur de modèle, c'est-à-dire qu'il en adopte les valeurs sociales et sa vision du monde (voire les groupes d'appartenance). La provocation, au-delà du « faire agir » de la mimésis sociale, prend alors le sens de « faire être ». Ce genre de provocation posera notamment beaucoup plus de difficultés en ce qui concerne la réadaptation sociale du provoqué.

Ainsi entendu, le provocateur par manipulation mentale est marqué par une dangerosité particulière, qui dépasse de beaucoup la notion de complice, accessoire de l'infraction principale, puisque l'« accessoire » légal est en réalité davantage un auteur moral, qui se sert de l'auteur matériel comme d'un « instrument ».

1259. ***Le contournement des notions par la jurisprudence.*** Face aux insuffisances des textes, la jurisprudence elle-même a tenté de trouver des solutions qui ne sont pas toujours d'une légalité à toute épreuve. Elle a ainsi pu considérer le provocateur « médiateur » comme auteur principal de l'infraction, lorsque l'auteur matériel était de bonne foi. Ce dernier, « chosifié » sans en avoir conscience, est utilisé comme un outil par le provocateur afin de réaliser son forfait délictueux²⁵⁷¹. A ainsi été considéré comme auteur de vol celui qui a utilisé « des enfants qui n'avaient pas conscience de leur acte de sorte qu'ils n'ont été que l'instrument passif à l'aide duquel la personne qui recevait la chose l'a en réalité appréhendée frauduleusement »²⁵⁷². A également été considéré comme auteur d'un empoisonnement celui qui a fait administrer une substance mortelle par autrui²⁵⁷³. Si ces situations ne renvoient pas à des provocations à des actes d'imitation, le provoqué n'ayant pas délibérément accompli un acte illicite, elles illustrent toutefois l'élaboration par la jurisprudence de solutions de contournement afin de sanctionner le provocateur au nom de la morale. En l'absence de fait principal punissable, faute d'intention

²⁵⁷¹V. J. SALVAIRE, *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, RSC 1964, p. 308.

²⁵⁷²V. Cass. crim., 8 juin 1993, B. crim. n° 203 ; RSC 1993, p. 774, obs. G. LEVASSEUR. La Cour de cassation va jusqu'à admettre une administration par la victime elle-même.

²⁵⁷³Cass. crim., 25 mai 1938, DH. 1938, p. 453 ; Cass. crim., 31 août 1899, D. 1902, 1, p. 331.

des auteurs matériels, le « cerveau » des opérations ne pourrait être saisi sans que l'on passe par une déformation des textes d'incrimination en raisonnant par analogie²⁵⁷⁴. Ainsi la jurisprudence assimile-t-elle dans ces espèces le provocateur au voleur ou encore à l'empoisonneur, autrement dit à l'auteur matériel principal²⁵⁷⁵.

La jurisprudence a également pu considérer le provoqué, légalement auteur matériel, comme simple complice, notamment lorsqu'il s'agissait d'un subordonné du provocateur²⁵⁷⁶. Parfois encore, les juges pénaux sanctionnent le provocateur comme coauteur à l'infraction, lorsqu'il a agi sciemment dans la participation infractionnelle²⁵⁷⁷. Autrement dit, il est considéré comme coauteur – en tant qu'auteur intellectuel - répondant d'un résultat pénal qu'il n'a pas lui-même et directement produit. A ainsi été déclaré coupable d'abus de faiblesse le dirigeant ayant donné des directives à son employeur, agent commercial. Les juges ont estimé que le dirigeant, coauteur de l'infraction, était l'« organisateur du procédé de vente par voyage publicitaire mis en œuvre »²⁵⁷⁸.

1260. ***Les critiques des contournements de la jurisprudence.*** Une telle solution, note M. le Professeur Emmanuel DREYER²⁵⁷⁹ en référence à une autre jurisprudence, paraît justifiée au regard du « pouvoir de direction de nature à permettre la recherche de [la] responsabilité pénale personnelle » du dirigeant²⁵⁸⁰. Toutefois, il ajoute qu'elle est injustifiable au regard du principe de légalité. En effet, « le comportement sanctionné à titre principal n'a plus rien à voir avec le comportement incriminé. Une telle transformation de l'objet de l'incrimination n'apparaît pas légitime. Elle repose essentiellement sur l'intention coupable de l'agent ; aucune conséquence n'est tirée de la distance de son comportement par rapport au résultat pénal. Sous prétexte que cette causalité indirecte reste certaine, et qu'elle est confortée par la volonté coupable du provocateur, l'infraction est déclarée constituée... là où il n'y a pourtant que complicité. En déclarant tout le monde « auteurs », les magistrats se dispensent

²⁵⁷⁴V. E. DREYER, *La causalité directe de l'infraction*, D. pén. n° 6, 2007, étude 9, n° 14.

²⁵⁷⁵Sauf hypothèse exceptionnelle où le législateur a envisagé le cas d'un délinquant suffisamment habile pour agir par personne interposée. L'infraction est alors reprochée à une personne qui a fait, « directement ou indirectement » quelque chose (V. E. DREYER, id., en note de bas de page n° 46).

²⁵⁷⁶V. par ex. Cass. crim., 13 juin 1902, B. crim. n° 220 (arrêt GAIRAUD). Un individu qui a réalisé une fraude sur une quantité de denrées, en utilisant une balance faussée, est considéré comme complice de l'infraction, alors que celui qui lui a fourni ladite balance est qualifié d'auteur.

²⁵⁷⁷E. DREYER, id., n° 14. ; V. par ex. solutions anciennes Cass. crim., 8 juillet 1813, B. crim. n° 150 ; Cass. crim., 12 février 1874, D. 1875, I, p. 482 ; Cass. crim., 26 juin 1885, B. crim. n° 186 (arrêt DIARD) ; Cass. crim., 31 octobre 1889, B. crim. n° 225 (arrêt TISSOT).

²⁵⁷⁸Cass. crim., 1^{er} février 2000, Dr. pén. 2000, comm. 59, obs. J.-H. ROBERT.

²⁵⁷⁹E. DREYER, op. cit., n° 15.

²⁵⁸⁰Cass. crim., 1^{er} février 2000, préc.

d'avoir à caractériser ce mode accessoire de participation à l'infraction et d'en appliquer le régime »²⁵⁸¹.

Pour M. le Professeur Philippe SALVAGE, « c'est moins la cause qui engendre les effets que la fin à atteindre qui justifie *a posteriori* les moyens utilisés... Si la répression peut y trouver son compte, il n'en va pas nécessairement de même de la sécurité juridique. Le principe de la légalité implique des lois précises et claires permettant d'éviter une trop grande marge d'interprétation. Si en matière de causalité, le juge fait ce qu'il veut, il en résulte des risques d'arbitraire et donc d'insécurité »²⁵⁸². Ainsi, la jurisprudence transforme-t-elle la matérialité de l'acte afin de sanctionner le provocateur. Pourtant, il faut noter que le législateur a parfois explicitement prévu la sanction de l'auteur moral, au côté de l'auteur matériel dans des textes d'incriminations.

On peut notamment évoquer les infractions de « faire faire », renvoyant au fait de « faire commettre »²⁵⁸³. Tel est le cas par exemple de l'article 211-1 du Code pénal, qui sanctionne le fait de commettre ou de faire commettre un acte de génocide ou encore de l'article L. 213-1 du Code de la consommation qui sanctionne celui qui aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers. On peut également évoquer les infractions de « faire agir par personne interposée ». Il en est ainsi de l'article 225-10 du Code pénal qui incrimine notamment le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée de détenir, gérer, exploiter, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un établissement de prostitution. En dehors de ces hypothèses, les textes d'incriminations ne prévoient aucunement, ni même ne laisse entendre, la possibilité d'inclure dans leur champ d'application l'auteur moral. Pourtant, à plusieurs reprises, la jurisprudence n'a pas hésité à punir le provocateur, lorsque l'agent provoqué était un instrument entre ses mains²⁵⁸⁴, qu'il en ait eu pleine conscience ou non.

1261. ***Proposition critiquée d'une qualification de coauteur moral.*** Certains auteurs se sont pourtant alliés à de telles solutions en considérant que le provocateur devait être entendu comme un coauteur, et plus particulièrement un coauteur moral²⁵⁸⁵, définissant la notion de

²⁵⁸¹E. DREYER, *La causalité directe de l'infraction*, op. cit., n° 15 ; V. également B. MERCADAL, *Recherches sur l'intention en droit pénal*, RSC 1967, p. 40.

²⁵⁸²Ph. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, op. cit., p. 41.

²⁵⁸³V. sur ce point F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 302, p. 344 ; J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, Thèse Bordeaux, 2009, p. 585 et s.

²⁵⁸⁴V. sur ce point N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, op. cit., n° 101 et s.

²⁵⁸⁵V. D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 357 et s., p. 427 ; F. ROUSSEAU, op. cit., p. 340 et s.

coaction différemment du concept d'imitation. En effet, pour Mme Diane PORTOLANO, « les auteurs seraient les personnes dont la participation a été principale parce qu'ils sont les causes efficientes et génératrices du délit qu'ils ont voulu pour leur compte ; tandis que les complices seraient les personnes dont la participation n'a été qu'accessoire, cause éloignée du délit, auquel ils n'ont voulu que s'adjoindre. [...] L'action s'élargirait aux hypothèses de coaction. Car, ce mode de participation présente une réelle autonomie concernant la provocation »²⁵⁸⁶. Il faudrait alors considérer le provocateur comme auteur moral et le provoqué comme auteur matériel, voire également auteur moral si ce dernier adhère pleinement et sainement, au projet criminel²⁵⁸⁷.

Aussi séduisant que puisse être ce raisonnement dans la mesure où la provocation est une cause déterminante à l'infraction commise, quelques objections peuvent être émises, au-delà de celles déjà évoquées précédemment à propos de la jurisprudence qui fait une interprétation des textes *contra legem*.

D'une part, c'est là voir dans la coaction non la réunion des éléments matériel et moral de l'infraction, mais soit l'élément matériel soit l'élément moral²⁵⁸⁸.

D'autre part, la provocation ne répond pas aux critères que nous avons décrits pour la coaction. En effet, le mode d'imputation auquel correspond cette dernière appelle une interdépendance entre les différents coauteurs, marquée par une détermination commune, une entente et une coopération dans un agissement en référence les uns par rapport aux autres, de façon complémentaire et équivalente. Or si le comportement de l'auteur matériel de l'infraction provoquée est nécessairement dépendant du comportement du provocateur, l'inverse n'est pas vrai puisque le provocateur peut choisir de provoquer d'autres individus.

En outre, bien qu'il soit une cause déterminante, il n'agit pas (nécessairement) de façon complémentaire et équivalente selon une coopération particulière avec son provoqué.

Ainsi compris, le provocateur ne peut être qualifié de coauteur²⁵⁸⁹, du moins, au sens que les textes d'incrimination semblent l'entendre et de la définition juridique de la coaction. Par conséquent, il conviendrait, selon nous, de consacrer une qualification autonome et spécifique à l'égard du provocateur, et plus largement à l'auteur moral.

²⁵⁸⁶D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., n° 358, p. 428.

²⁵⁸⁷Ibid.

²⁵⁸⁸Ibid.

²⁵⁸⁹V. sur ce point notamment E. BARON, *La coaction en droit pénal*, op. cit., n° 232, pp. 195-196.

Paragraphe 2. Intérêt d'une qualification *sui generis* d'auteur moral

1262. *Une proposition de qualification d'instigateur.* L'avant-projet de révision du Code pénal²⁵⁹⁰ avait proposé un fondement de responsabilité spécifique à l'auteur moral. Ainsi faisait-il de l'instigation – et donc de la provocation – un cas d'action. L'article 121-6 du projet²⁵⁹¹ soumis au Sénat en première lecture était ainsi rédigé : « *Est instigateur la personne qui, par don, promesse, ruse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir :*

1° sciemment fait commettre par un tiers les faits incriminés.

2° provoque directement un tiers à commettre un crime, lors même qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'instigateur, la provocation n'est pas suivie d'effet. L'instigateur de l'infraction est passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction. »

Bien que soutenu par la majorité de la doctrine et du gouvernement, ce texte ne fut pas adopté car rejeté par le Parlement. Était objecté qu'il contenait un risque de dénonciation calomnieuse. Il était envisagé qu'une personne pourrait en accuser une autre de l'avoir provoquée à commettre une infraction, sans rien risquer elle-même puisque l'infraction n'aurait pas été commise. Le texte était donc, selon certains parlementaires, trop attentatoire aux libertés publiques. De plus, une telle incrimination engendrait nécessairement des difficultés probatoires car il aurait été difficile de rapporter des éléments de preuve objectifs²⁵⁹². Ainsi la provocation à la commission d'une infraction ou instigation a continué d'être confondue avec la complicité.

Pourtant, les objections peuvent être remises en cause. Car « le risque de délation est le même pour toutes les provocations »²⁵⁹³, qu'il s'agisse de complicité par provocation ou des provocations inscrites de manière autonome. On constate d'ailleurs que les risques évoqués par

²⁵⁹⁰Et antérieurement, l'avant-projet de 1983 désignait comme instigateur « ... celui qui : provoque directement à la commission d'un crime ou d'un délit ... lorsque cette provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté ». Les Sénateurs ont refusé de valider cette disposition car ils craignaient que des accusations n'émanent, en l'absence d'acte matériel délictuel ou criminel, de prétendus destinataires de proposition à commettre une infraction. Sur l'insertion d'une notion autonome d'instigateur dans cet avant-projet, voir les observations de A. DECOCQ, *Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance*, JCP G 1983, I, 3124, n° 16. Un autre projet similaire, proposé en 1989, a également été refusé.

²⁵⁹¹V. notamment les observations de G. ROUJOU de BOUBÉE, *Code pénal commenté*, Paris : Dalloz, 1996, p. 28 et s.

²⁵⁹²Selon l'Amendement n° 127 défendu par M. M. DREYFUS-SCHMIDT, « la notion d'instigateur... ouvrirait la voie à toutes les dénonciations calomnieuses possibles, celui qui dénoncerait ne risquant rien puisqu'il n'aurait commis lui-même aucune infraction ». Selon l'Amendement n° 191 défendu par M. C. LEDERMAN, « la notion d'instigateur est potentiellement mais certainement attentatoire aux libertés publiques ».

²⁵⁹³F. PARDO, *Le groupe en droit pénal*, op. cit., p. 255.

le Parlement ne sont pas vraiment vérifiés puisque l'on ne dénombre pas d'augmentation de dénonciation calomnieuse pour les infractions de provocation non suivies d'effet, c'est-à-dire autonomes.

1263. **Qualifications et droit comparé.** Beaucoup de législations étrangères connaissent la seule distinction entre auteurs et complices²⁵⁹⁴, à l'image du droit pénal français, confondant instigateur (incluant le provocateur) et complice. Il en est ainsi notamment du Code belge²⁵⁹⁵.

Dichotomie. D'autres législations font la distinction entre auteurs et complices mais semblent intégrer les provocateurs parmi les auteurs. Par exemple, le Code pénal louisianais de 1942 distingue les *principals* des *accessories*. Les premiers correspondent à « toutes personnes impliquées dans la commission d'un crime, présentes ou absentes, et qui soit directement commettent l'acte délictueux, aident ou incitent à sa commission, soit directement ou indirectement conseillent ou informent un tiers pour le commettre »²⁵⁹⁶. Le provocateur est alors compris parmi cette qualification de participants. Les seconds sont « toutes personnes qui, après commission d'un crime, recèleront, cacheront ou aideront le délinquant, en sachant [...] qu'il a commis le crime, et avec l'intention de lui faire éviter l'arrestation, le procès [...] ou le châtiment »²⁵⁹⁷.

Si cette dichotomie²⁵⁹⁸ nous paraît en adéquation avec la réalité criminologique, on perçoit ici que la distinction des qualifications s'opère davantage selon le moment de l'intervention dans la commission de l'infraction, que selon la dangerosité de l'agent.

Trichotomie. En revanche, d'autres législations font la distinction entre trois qualifications de participants : auteur, complice et provocateur. Le Code d'Allemagne distingue ainsi, celui qui commet l'infraction lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers et qui a la qualité d'auteur²⁵⁹⁹, celui qui persuade un tiers à commettre intentionnellement un acte illicite qui a la qualité d'instigateur²⁶⁰⁰ et celui qui intentionnellement aide un tiers à commettre un acte illicite

²⁵⁹⁴Cette distinction entre auteur et complice se retrouvant notamment par exemple, dans le Code pénal belge (art. 66 et 67) et le Code portugais (art. 26 et 27).

²⁵⁹⁵Art. 66 C. pén. belge : auteurs ; Art. 67 C. pén. belge : complices.

²⁵⁹⁶Art. 24, cité par J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, n° 91, p. 140.

²⁵⁹⁷Art. 25 cité par J. PRADEL, *ibid.*

²⁵⁹⁸Il en est de même du Code espagnole qui distingue, *l'autores*, le *cómplices* et *l'encubridores* (art. 28, 29, 298 et 451).

²⁵⁹⁹§ 25 C. pén. allemand.

²⁶⁰⁰§ 26 C. pén. allemand. Le Code allemand, par exemple, fait la distinction selon la force de la participation intellectuelle dans la perpétration de l'infraction : différence entre l'auteur spécifique qui détermine un tiers à commettre un acte illicite – instigateur au sens propre – et l'auteur qui utilise un autre – auteur indirect.

qui est qualifié de complice²⁶⁰¹. Il en est de même encore²⁶⁰² du Code suisse qui distingue, l'auteur²⁶⁰³, l'instigateur²⁶⁰⁴ et le complice²⁶⁰⁵.

Polytomie. D'autres codes vont jusqu'à différencier quatre participations. Par exemple les codes pénaux argentin, péruvien ou encore bolivien distinguent l'auteur matériel, le complice primaire – coopérateur immédiat - et le complice secondaire – affermissant la résolution, donnant les instructions et aidant ou assistant et dont on compte l'instigateur²⁶⁰⁶. Au vu de nos différentes remarques, tenant à la réalité criminologique – l'instigateur et le provocateur présentant une dangerosité certaine -, une telle polytomie ne nous semble pas nécessaire, confondant l'instruction à l'assistance et l'aide. Les législations qui distinguent auteur, complice assistant et instigateur nous semblent être les plus adéquates²⁶⁰⁷.

1264. **Volonté d'une qualification par une partie de la doctrine.** Certains auteurs français envisagent une distinction reposant sur une **trichotomie**. C'est ainsi que M. Jérôme BIGUENET propose la création d'un texte posant « le principe général d'une interdiction de provoquer autrui, directement ou non, à l'accomplissement d'actes criminels plutôt que de laisser ce soin à quelques dispositions spéciales constituant un ensemble de règles restreint, méconnu, et donnant de par son existence même un caractère incertain à la répression des actes d'instigation »²⁶⁰⁸. Selon cet auteur, « il conviendrait donc d'incriminer le fait de faire commettre (et non pas de tenter de faire commettre), directement ou par l'intermédiaire d'un ou plusieurs tiers, un crime ou un délit²⁶⁰⁹ par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, ce qui supposerait l'existence d'une infraction principale c'est-à-dire, à tout le moins, d'une tentative d'infraction, ce qui engloberait la plupart des cas envisageables d'instigation suivie d'effet ». Et concernant les provocations non suivies d'effets, il conviendrait, de « continuer à les incriminer de façon spécifique et seulement lorsque cela est strictement

²⁶⁰¹ §27 du C. pén. allemand.

²⁶⁰² On pourrait citer encore le Code japonais qui distingue auteur, instigateur et complice (art. 60 à 62).

²⁶⁰³ Toutefois, la notion d'auteur n'est pas expressément mentionnée dans les textes.

²⁶⁰⁴ Art. 24 C. pén. suisse.

²⁶⁰⁵ Art. 25 C. pén. suisse.

²⁶⁰⁶ Cette distinction semble être une trichotomie. Elle semble en effet, confondre l'aide et l'instigation. V. J. PRADEL, op. cit., n° 91, p. 142.

²⁶⁰⁷ Et nous pourrions réfléchir quant à la nécessité d'un mode de participation autonome tenant à la qualification du coauteur.

²⁶⁰⁸ J. BIGUENET, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et provocation*, op. cit., n° 30.

²⁶⁰⁹ Pour J. BIGUENET (id., n° 39), il paraît « peu opportun, vu la faible gravité de ces infractions, d'incriminer les actes de provocation à la commission de contravention. C'est pourtant ce qu'a fait l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal pour les actes d'instigation médiats mais, curieusement, pas pour les actes d'aide ou d'assistance visés par le premier alinéa de ce texte ».

nécessaire à la protection de l'ordre public, c'est-à-dire lorsque [...] ne pas interrompre la préparation de l'infraction fait courir le risque d'une atteinte très grave et irréparable à des intérêts sociaux hautement protégés telles que la vie ou la santé publique »²⁶¹⁰.

Cette proposition nous paraît adhérer à la réalité criminologique que peut représenter le provocateur manipulateur mais également tout instigateur qui utilise ou manipule des personnes vulnérables, ou qui déclenche « des passions » chez des personnes pleinement responsables mais qui ne seraient pas passées à l'acte sans l'intervention du provocateur. Elle permettrait une distinction entre le complice aidant ou assistant de celui qui est véritablement à l'origine de l'infraction.

Toutefois, nous voudrions revenir sur certains points de cette proposition. D'une part, il nous paraît justement opportun d'établir une nette distinction entre instructeur et provocateur, tous deux considérés comme des actes de complicité par instigation. Ce dernier terme, entendu dans son sens étymologique *instigatio* désigne l'action d'exciter autrui à l'accomplissement d'un acte le plus souvent répréhensible. L'instigateur est « celui qui, agissant en sous-main par provocation, abus d'autorité ou instructions en vue de faire réaliser par autrui le projet délictueux qu'il a conçu, en est l'auteur intellectuel [moral] mais n'en [est] pas l'auteur matériel »²⁶¹¹. Si on a vu que certains provocateurs pouvaient être dangereux, l'instructeur peut l'être tout autant, usant de son autorité de fait ou de droit.

A la différence de M. Jérôme BIGUENET, certains auteurs ont pu estimer peu utile de différencier les provocations suivies d'effet de celle qui ne le sont pas. Notamment, M. Frédéric PARDO considère que « la seule constatation du comportement dangereux du provocateur, qu'il conduise ou non à la commission d'un acte répréhensible, devrait suffire à sa poursuite pénale »²⁶¹².

Nous ne saurions être si catégorique. Des textes spécifiques devraient, d'après nous, continuer à sanctionner de manière autonome le provocateur particulièrement dangereux, notamment lorsqu'il incite à des actes qui aboutissent à une atteinte particulièrement grave à la vie humaine ou aux institutions de l'Etat²⁶¹³.

1265. ***Intérêt d'une qualification sui generis d'auteur moral fondé sur l'appréciation d'une causalité double.*** En revanche, il nous paraît opportun d'envisager la provocation comme

²⁶¹⁰J. BIGUENET, id., n° 41.

²⁶¹¹G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2016, 11^{ème} éd., V° Instigateur.

²⁶¹²F. PARDO, *Le groupe en droit pénal*, op. cit., n° 407, p. 256.

²⁶¹³Comme la jurisprudence antérieure, le simple conseil ne saurait suffire à caractériser une provocation.

un mode de participation autonome afin de pouvoir qualifier le provocateur comme **auteur moral** de l'infraction provoquée. L'**instigation par provocation** serait caractérisée par l'utilisation de moyens de persuasion, simple mais surtout complexe. Ceux-ci pourraient être décrits comme « toute manœuvre qui tend à altérer le discernement d'un individu aux fins de lui faire commettre un acte illicite ».

Ce serait certes revenir à l'esprit de l'article 60 de l'ancien Code pénal qui prévoyait, comme adminicule de la complicité par instruction ou provocation, des « machinations ou artifices coupables ». Toutefois, il s'agirait plutôt de constater des moyens de pressions tels que les décrit VITU soit des « menaces déguisées, des demandes réitérées et pressantes »²⁶¹⁴ ou encore des promesses mensongères, etc., et plus généralement toutes paroles ou tous actes par lesquels un individu, usant de procédés de manipulation mentale, assujettit une autre personne et la maintient dans une relation de domination ou d'emprise. Par ailleurs, il serait toujours question de constater le lien de causalité objectif entre la suggestion directe ou indirecte d'une représentation à suivre et un acte provoqué²⁶¹⁵.

Il nous semble que la qualification du provocateur en auteur moral permettrait une meilleure prise en compte par le droit pénal des phénomènes d'un agir mimétique vertical.

1266. ***Pour conclure sur le provocateur.*** Lorsque l'on conçoit le provocateur comme celui qui crée et transmet la représentation d'un acte ou d'un résultat infractionnel, il apparaît comme un troisième terme essentiel de la causalité et l'on peut parler d'enchaînement causal de la provocation. Le provocateur est dangereux, et plus encore s'il agit par persuasion complexe. Il est la « faute de la faute » car il a suggéré et « soufflé » l'acte à accomplir. Il a créé et communiqué la représentation d'un modèle illicite reçu et agi ou risquant de l'être par autrui. Et cette représentation installée dans l'esprit du provoqué peut avoir des effets perdurant au-delà de l'instantanéité de l'infraction provoquée. Cependant, cette affirmation ne permet pas de justifier une sanction plus sévère du provocateur puisque la persistance du modèle illicite reste incertaine. Elle nous conduit à nous questionner sur l'engagement de la responsabilité du provoqué. Car si la provocation suggère au provoqué une représentation-modèle à suivre, l'agir mimétique, voire le comportement d'imitation, suppose bien les deux sujets de la relation

²⁶¹⁴A. VITU, *Droit pénal spécial*, Paris : Cujas, t. 1, 1982, n° 568.

²⁶¹⁵Une telle proposition demanderait toutefois une étude plus approfondie qui ne pourrait faire l'objet de développements dans cette thèse consacrée au concept d'imitation.

verticale. « Pour que la faute devienne [...] fautive, il faut qu'elle soit volontaire »²⁶¹⁶.

SECTION II : LA RESPONSABILITE ET LA PEINE DU PROVOQUE SUGGESTIONNE

1267. *La responsabilité pénale, un concept juridique et criminologique.* Selon ANCEL, promoteur de l'école de la défense sociale, la responsabilité pénale doit être recherchée à travers la complexité du phénomène criminel²⁶¹⁷. C'est donc selon une démarche dynamique, comprenant l'examen du comportement de l'individu mais aussi celui de sa personnalité²⁶¹⁸, la prise en compte d'un facteur individuel et social, que devrait être établie la responsabilité pénale. Ainsi faut-il admettre une responsabilité individuelle par rapport à l'acte mais aussi par rapport à la personnalité de son auteur. Nous rejoignons sur ce point la doctrine de la défense sociale selon laquelle, « pour condamner le délinquant, le juge doit relever la responsabilité de l'intéressé non seulement selon la référence objective de la loi mais aussi selon les éléments subjectifs de sa personnalité »²⁶¹⁹. Certains auteurs évoquant l'idée d'une responsabilité criminologique, « cette responsabilité pénale, orientée vers le traitement du délinquant, a contribué à déterminer la notion actuelle de la responsabilité pénale »²⁶²⁰. Ainsi comprise, la peine prononcée doit être adaptée à l'agent et permettre au mieux sa resocialisation.

1268. *La sanction du provoqué manipulé à accomplir des actes d'imitation illicite.* Certes le provoqué a commis un acte illicite mais il l'a commis en ayant sa liberté plus ou moins altérée du fait de l'intervention du provocateur. Il a subi, par suggestion, une transformation de son psychisme, momentanée ou durable.

²⁶¹⁶« Il suffit alors que le principe ou la cause de l'erreur désigné par la faute soit en nous et non hors de nous. La faute engage ainsi la responsabilité juridique bien qu'aucune intention ne puisse être reprochée à l'auteur du délit ». (J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, op. cit., p. 114).

²⁶¹⁷ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris : Cujas, 1980.

²⁶¹⁸B. PEREIRA, *Responsabilité pénale*, Rép. pén. 2017, n° 10.

²⁶¹⁹B. PEREIRA, *Responsabilité pénale*, op. cit., n° 10.

²⁶²⁰B. PEREIRA, id., n° 10 et 11. L'auteur évoque les deux concepts auxquels renvoie la notion de responsabilité. Liée à la fois au comportement humain et à la complexité du phénomène criminel, elle comprend : « un concept juridique et un concept criminologique. Selon le premier, la responsabilité pénale est juridique. En effet, il convient de savoir selon le principe de la légalité ce qui est interdit dans la société comme ce qui peut constituer des causes d'irresponsabilité. Selon le second concept, la responsabilité pénale est aussi une responsabilité criminologique parce que la sanction prononcée, consécutivement à l'examen de la responsabilité juridique, l'est en fonction non seulement de l'acte mais aussi de la personnalité du délinquant ».

Au vu des circonstances, il est nécessaire de se poser la question de l'engagement de sa responsabilité et de l'adaptation de la peine.

Cette situation ne s'envisage pas pour le provoqué qui est instrumentalisé par le mensonge d'un provocateur puisque sa culpabilité ne sera pas engagée en raison de l'absence de l'élément moral. En outre, cette question ne se posera pas non plus pour le provoqué qui agit en toute conscience, et qui n'a subi de la part du provocateur aucune pression coercitive, même s'il est éventuellement entré dans une imitation verticale. Il en est de même pour la provocation par contrainte qui annihile totalement la liberté de choix du provoqué. En effet, dans ce cas serait envisageable la cause de non-imputabilité de contrainte prévue par l'article 122-2 du Code pénal²⁶²¹.

En revanche, quelques difficultés d'appréciation peuvent tenir à la provocation par persuasion complexe à des actes d'imitation illicites. En effet, le provoqué subit alors incontestablement une suggestion verticale. Parce qu'il a agi selon l'intervention du provocateur, cause extérieure à sa faute, se pose la question de sa responsabilité pénale (I). Toutefois, si son discernement peut être profondément affecté par les manœuvres manipulatoires du provocateur, il n'en demeure pas moins punissable car, s'étant laissé convaincre, il a commis volontairement une infraction. Il paraît alors davantage être question d'une adaptation de la peine (II).

I. La limitation des causes « excusant » les actes provoqués par imitation verticale

1269. ***Le provocateur, « faute de la faute »***. L'acte provocateur pouvant être entendu comme la « faute de la faute », est-il possible pour le provoqué d'invoquer une cause d'atténuation ou de disparition de sa responsabilité ?

1270. ***La question de la responsabilité pénale du provoqué manipulé***. L'engagement de la responsabilité pénale au sens strict exige que le prévenu ait commis une faute et que cette faute puisse lui être imputée. Dans la mesure où le provoqué a agi la représentation que le provocateur lui a insufflée, on peut s'interroger brièvement sur son imputabilité. Il paraît plus intéressant de discuter la question de l'atténuation ou de la disparition de sa responsabilité pénale au motif qu'il n'est pas la cause première de l'infraction.

Il est remarquable de constater que la provocation, qui plus est par manipulation mentale,

²⁶²¹ Art. 122-2 C. pén. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

est une cause rare de disparition de la responsabilité (Paragraphe 1). Un acte illicite, même provoqué, est considéré comme suffisamment grave pour devoir être sanctionné. La preuve en est que le législateur a choisi de ne retenir une excuse de provocation qu'en matière d'injure (Paragraphe 2). Si celle-ci semble de prime abord renvoyer à un agir mimétique vertical, force est de constater qu'elle ne renvoie pas toujours à une imitation.

Paragraphe 1. La provocation rarement admise à l'effacement de la responsabilité pénale

1271. *L'imputabilité nécessaire à l'engagement de la responsabilité du provoqué.* Il convient tout d'abord d'écarter les situations où il est manifestement impossible de mettre la faute au compte de celui qui l'a commise. Parmi les **causes de non-imputabilité** opérant *in personam*, on compte la minorité²⁶²². Dans le cas de la mère qui commet un vol en présence de sa fille, elle-même en possession de biens volés²⁶²³, ne saurait être engagée la responsabilité d'une enfant mineure.

En outre, le provoqué pourra invoquer le trouble psychique ou neuropsychique²⁶²⁴. Cette cause subjective signifie l'aliénation mentale grave quelle que soit sa forme²⁶²⁵, dont l'existence doit être appréciée lors de la commission de l'infraction. Il s'agit de troubles durables de l'intelligence tels que l'arriération mentale, les états de « pauvreté et de faiblesse congénitale du psychisme dans son ensemble, et plus particulièrement de l'intelligence, mettant les sujets en état d'infériorité sociale »²⁶²⁶; ou encore, « de maladies cérébrales graves ou de maladies évolutives comme les psychoses paranoïaques aiguës ou chroniques délirantes, de troubles mentaux, d'épilepsie²⁶²⁷, de schizophrénies²⁶²⁸ ou de psychoses maniaco-dépressives »²⁶²⁹. On conçoit aisément dans cette situation que le provoqué ne soit pas sanctionné pour une infraction qu'il aurait commis sans discernement.

1272. *La contrainte externe, cause d'irresponsabilité pénale.* Au sens de l'article 122-

²⁶²²Art. 122-8, al. 1, C. pén.

²⁶²³CA Pau, 27 mars 1996, JurisData n°1997-056509

²⁶²⁴Art. 122-1, al. 1, C. pén. Soit le trouble psychique a aboli le discernement de l'individu auteur de l'acte, soit il l'a seulement altéré.

²⁶²⁵J. LEYRIE, *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique*, Paris : J. Vrin, 1977, p. 49.

²⁶²⁶Ibid.

²⁶²⁷V. par ex. CA Paris, 27 mai 1970, RSC 1971.119, obs. LEVASSEUR ; Cass. crim., 14 décembre 1982, Gaz. Pal. 1982.1, panor. 178.

²⁶²⁸V. par ex. Cass. crim., 18 février 1998, B. crim. n° 66.

²⁶²⁹B. PEREIRA, *Responsabilité pénale*, op. cit., n° 61.

2 du Code pénal, la contrainte externe peut être constituée par des menaces, des suggestions ou encore des provocations illégitimes ou pressantes.

La jurisprudence refuse de la caractériser lorsqu'elle s'inscrit dans un lien de subordination de droit ou de fait. Or nous avons vu que la provocation par persuasion complexe se réalise dans un rapport vertical impliquant une telle subordination. Par ailleurs, la jurisprudence considère que la menace n'est pas pressante lorsqu'elle n'est pas de nature à abolir le libre arbitre ; tel est le cas de l'accusé de crimes contre l'humanité invoquant les menaces de représailles allemandes contre les fonctionnaires français²⁶³⁰. Cette cause de non-imputabilité doit être irrésistible²⁶³¹ et imprévisible²⁶³², ce qui ne semble pas correspondre au cas du provoqué persuadé par manipulation mentale. Une persuasion coercitive ne signifie pas, en effet, une privation de volonté. « La provocation n'intimide pas, dit-on avec justesse, elle stimule »²⁶³³.

1273. *L'admission de faits justificatifs à la disparition de la responsabilité.* Différents mécanismes permettent d'atténuer ou de faire disparaître la responsabilité pénale du provoqué du fait des circonstances qui ont entouré l'infraction. Il doit s'agir de **faits justificatifs ou causes objectives** qui opèrent *in rem*, c'est-à-dire qui enlèvent le caractère illégal du fait infractionnel, telles que le commandement de l'autorité légitime²⁶³⁴ ou encore la légitime défense²⁶³⁵. Ces causes d'atténuation ou de disparition de la responsabilité pénale peuvent être invoquées par le provocateur, toutefois elles ne sont pas spécifiques à la situation de provocation.

1274. *Le libre arbitre conservé du provoqué manipulé.* Le provoqué par persuasion complexe ne semble pas pouvoir, ou du moins aisément, invoquer la contrainte morale (extériorisée par le provocateur). Certes, la provocation « vise à s'emparer de la volonté - celle du provoqué - pour y substituer une autre pendant un temps plus ou moins long - celle du provocateur - dans l'espoir qu'elle conduira à un agissement condamnable »²⁶³⁶. Cependant, le

²⁶³⁰Cass. crim., 23 janvier 1997, B. crim. n° 32, D. 1997, 147, note J. PRADEL, JCP 1997, II, 22812, note J.-H. ROBERT, Gaz. Pal. 1997, 1, 185.

²⁶³¹Le caractère irrésistible de la contrainte est défini comme « l'impossibilité absolue de se conformer à la loi pénale » (V. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 489, p. 425 et s.

²⁶³²V. sur ce point J. LÉAUTÉ, *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, D. 1981, chron. 295.

²⁶³³A. MEMMI, *La dépendance*, Paris : Gallimard, 1979, n° 230, p. 32 (cité par F. DEFFERRARD, *La provocation*, op. cit., p. 236).

²⁶³⁴Selon l'alinéa 2 de l'article 122-4 du Code pénal est irresponsable « la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Ce fait justificatif peut être invoqué pour toute infraction à l'exception des crimes contre l'humanité (V. Art. 213-4 C. pén.).

²⁶³⁵Art. 122-5 et 122-6 C. pén.

²⁶³⁶F. DEFFERRARD, op. cit., p. 239.

provocateur n'annihile pas le libre arbitre du provoqué. La conscience et la raison de ce dernier ne sont pas abolies. Comme le conçoit justement M. le Professeur DEFFERRARD, « que celui à qui s'adresse le provocateur soit floué est une chose ; qu'il s'en fasse l'écho devant le juge pour que ses actes ne lui soient pas imputés en est une autre »²⁶³⁷. Ainsi, la suggestion créée par le provocateur ne saurait impliquer l'impunité des actes antisociaux commis par le provoqué.

1275. ***L'adhésion volontaire à la suggestion verticale.*** Comme l'excitation dans la foule, la suggestion n'efface pas le libre arbitre mais altère le discernement du provoqué. Certes, la suggestion verticale est plus intense que la suggestion horizontale qui peut se produire dans la foule. Toutefois, elle ne supprime pas la volonté ni entièrement la liberté du provoqué. Le provocateur manipulateur crée et communique la représentation d'une image mentale illicite que le provoqué agit intentionnellement car « le provoqué, bien souvent, fait sienne la résolution exprimée du provocateur, à laquelle il adhère avec plus ou moins d'enthousiasme, et au minimum pour le temps de l'acte attentatoire »²⁶³⁸, voire en fait son mot d'ordre à suivre, même après son passage à l'acte. Il choisit de recevoir et d'agir un modèle illicite. Ainsi sa responsabilité ne doit pas disparaître. Il a fait sien le modèle du provocateur.

L'acte illicite, même provoqué, en l'absence de causes justificatives ou encore de troubles, est considéré comme suffisamment grave pour devoir être sanctionné. La preuve en est que le législateur choisit de ne considérer une excuse de provocation qu'en matière d'injure.

Paragraphe 2. Limitation de l'excuse absolutoire de l'injure provoquée

1276. ***L'excuse légale de l'injure en réponse à la provocation.*** Le principe selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même »²⁶³⁹ paraît interdire tout comportement délictueux en réponse à une provocation. Toutefois, le droit pénal admet une exception pour l'injure qui répondrait à une provocation. L'étude de l'excuse absolutoire de provocation²⁶⁴⁰

²⁶³⁷Ibid.

²⁶³⁸F. DEFFERRARD, id., p. 240.

²⁶³⁹V. notamment H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris : Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 287, p. 569 : « Nul n'a le droit de se faire à soi-même justice » ; V. pour une compréhension de l'acte de justice privée R. NERSON, *Rapport introductif*, Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites, Trav. Association Henri Capitant, t. XVIII, Dalloz, 1966, p. 7 et s.

²⁶⁴⁰Avant la refonte du Code pénal en 1994, on comptait deux formes d'excuse de provocation. D'une part, elle consistait en une excuse atténuant la peine en cas de provocation à certains crimes et délits, légalement définis. Les articles 321 et 322 de l'ancien Code pénal de 1810 prévoyaient l'excuse de provocation en matière de coups et violences graves envers les personnes et de crimes commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances.

nous paraît intéressante dans la mesure où elle permet d'exonérer de toute responsabilité celui qui n'a fait que riposter à des insultes qui l'auraient outragé.

1277. ***L'ancienneté de l'excuse de provocation***²⁶⁴¹. L'excuse en droit peut se définir comme « toute circonstance ou tout fait spécialement déterminé par une loi, qui laisse subsister l'infraction ou un fond de culpabilité, s'il a pour conséquence une réduction ou une exemption de peine »²⁶⁴². Autrefois, la jurisprudence acceptait plus facilement d'excuser un provoqué, en se fondant sur une conception à la fois objective et subjective de la provocation.

Conception objective. L'excuse de provocation se justifiait alors, selon GARCON, par une sorte de compensation s'établissant entre les actes du provocateur et la riposte du provoqué : la faute de ce dernier viendrait alors en déduction de celle de l'agresseur²⁶⁴³. Ce système rappelle sensiblement celui de la compensation des fautes civiles qui touche particulièrement la victime provocatrice. « Selon cette conception, la provocation ne ferait disparaître que le caractère illicite de l'acte du provoqué et garderait intacte la culpabilité »²⁶⁴⁴.

Conception subjective. Selon une conception subjective, la provocation affaiblirait la culpabilité sans toucher à la gravité du fait infractionnel²⁶⁴⁵. « La colère altérerait la seule réflexion de l'agent, c'est-à-dire son discernement ». Ainsi entendue, cette conception permettait de retenir l'excuse en se fondant sur « une juste douleur », sans pour autant vérifier si la provocation était réellement de nature à entraîner chez le provoqué un emportement. La jurisprudence se fondait sur ces deux conceptions, en recherchant d'une part, l'intensité de la

L'article 323 du même Code excluait, en revanche, l'excuse du parricide et l'article 324 l'excuse du meurtre de l'époux ou de l'épouse. L'article 325 du même Code encore excusait le crime ou les blessures de castration s'ils avaient été immédiatement provoqués par un outrage violent à la pudeur. Enfin, l'article 326 prévoyait les diminutions de peine applicables aux crimes et délits excusés. Cette excuse ne supprimait pas le prononcé de la peine. Ensuite, la seconde forme prévoyait l'excuse légale absolutoire de provocation, visant exclusivement l'injure. Elle entraînait la suppression totale du prononcé de la peine. Seule cette dernière excuse a à la modification du Code pénal (V. notamment A. SERINET, *Injure - L'excuse de provocation*, Comm. com. électr. n° 11, 2015, étude 19, n° 2 : « Tout comme la diffamation a son excuse de vérité, l'injure dispose d'une excuse absolutoire originale »).

²⁶⁴¹On peut noter que la légitime défense se rapproche de l'excuse de provocation (Art. 122-5 C. pén.). Cela étant, elle impose une condition bien spécifique qui est la nécessité. Si elle semble de prime abord renvoyer à une imitation provoquée, comme l'excuse de provocation, elle ne correspond pas toujours à un comportement d'imitation. Par exemple, un vol peut être le fait générateur d'une agression, qui sera considéré comme un acte de légitime défense à la condition que la riposte reste proportionnelle au fait qui l'a générée. Il s'agit là d'une question de proportionnalité et non pas d'imitation.

²⁶⁴²H. BEKAERT, *Théorie générale de l'excuse en droit*, Bruxelles : Éditions Etablissements Emile Bruylant, 1957, n° 17, p. 16.

²⁶⁴³E. GARCON, *Code pénal de 1810 annoté*, op. cit., art. 321, n° 7.

²⁶⁴⁴D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 329.

²⁶⁴⁵A. VITU, *Crimes et délits excusables et cas où ils ne peuvent être excusés*, art. 321 à 326, J.-Cl. pén., 1991, n° 13.

provocation et d'autre part, l'altération de la psychologie du provoqué²⁶⁴⁶.

1278. ***La limitation de l'excuse de provocation à l'injure.*** Aujourd'hui, la loi ne prévoit l'excuse de provocation qu'en matière d'injure. Ainsi ne saurait-elle s'appliquer à la diffamation²⁶⁴⁷, ni à l'apologie ou la provocation à la haine ou à la violence.

Selon l'alinéa 2 de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse²⁶⁴⁸ l'injure est définie comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Si elle est commise envers les particuliers, sans avoir été précédée de provocations, elle est punie d'une amende de 12 000 euros²⁶⁴⁹. Si elle est commise envers une personne mais est non publique, sans avoir été précédée de provocation, elle est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{ère} classe²⁶⁵⁰. C'est donc un raisonnement *a contrario* qui nous permet d'envisager l'excuse de provocation. Celle-ci est une particularité du régime de l'injure, puisque le législateur, admet exceptionnellement que l'on puisse, dans certaines circonstances, perdre son sang-froid. Ainsi, un individu peut riposter face à une provocation, par la violence verbale, et se voir excuser.

Nous nous sommes interrogé de savoir si cette situation pouvait correspondre à une scène où l'imitation comportementale serait non pas sanctionnée mais au contraire admise par le droit comme une réponse excusable. Or, l'étude des conditions de l'application de l'excuse de provocation établit que la provocation à l'origine de l'injure est entendue largement par la jurisprudence, écartant la possibilité de la considérer comme une incitation à l'imitation verticale (A). Cependant, la réponse du provoqué peut être comprise comme un agir mimétique, qui pourra éventuellement s'exprimer par une imitation comportementale (B).

A. Le contenu de la provocation indifférent à l'imitation

1279. ***La suffisance d'un acte illicite au sens civil.*** Le législateur ne précise pas la définition qu'il entend donner à la provocation en matière d'injure, mais la jurisprudence en retient une conception objective en considérant qu'elle réside dans « tout fait qui a pu exciter le

²⁶⁴⁶V. à ce sujet H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris : Sirey, 1947, 3^{ème} éd., n° 774.

²⁶⁴⁷V. par ex. Cass. crim., 23 mai 1989, JCP G 1989, IV, p. 296 ; Cass. crim., 23 février 1950, D. 1951, jurispr. p. 217, note P. MIMIN.

²⁶⁴⁸L. 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (JP 30 juillet 1881, p. 4201).

²⁶⁴⁹Art. 33, al. 2, loi 29 juillet 1881.

²⁶⁵⁰Art. R. 621-2 C. pén.

prévenu à proférer ou à écrire les injures pour lesquelles il est poursuivi »²⁶⁵¹ ou encore dans « tout fait accompli volontairement dans le but d'irriter une personne et venant par la suite expliquer ou excuser les termes injurieux »²⁶⁵². Les juges répressifs évoquent notamment, pour définir la provocation, l'accomplissement d'actes « dans le but d'irriter une personne »²⁶⁵³, d'actes « de nature à susciter sa colère »²⁶⁵⁴, « de propos, d'écrits injurieux et de tous autres actes de nature à atteindre l'auteur de l'infraction, soit dans son honneur ou sa considération, soit dans ses intérêts pécuniaires ou moraux »²⁶⁵⁵.

La jurisprudence n'impose pas un acte de provocation répréhensible pénalement et il n'est pas exigé que la provocation consiste en une diffamation, une injure, une autre infraction dirigée contre la personne provoquée, ni même une provocation par voie de presse au sens des articles 23 et 24 de loi du 29 juillet 1881. De même, la loi n'impose pas une intention particulière du provocateur à influencer son destinataire, la provocation devant seulement *a minima* correspondre à « des actes, intellectuels ou matériels, qui vont commander chez [le provoqué] une réaction »²⁶⁵⁶.

La provocation qui entraîne l'injure excusable est constituée par tout acte, civilement illicite²⁶⁵⁷, qui en pratique correspond à l'affirmation d'une pensée qui déborde les limites de la liberté d'expression²⁶⁵⁸ et qui porte atteinte à l'honneur, à la considération de la personne provoqué ou encore à ses intérêts patrimoniaux ou moraux. Autrement dit, la provocation renvoie une image péjorative de la personne du provoqué qui suscite en lui un émoi susceptible de lui faire perdre toutes ses capacités d'inhibition et de contrôle social. Peu importe qu'elle porte sur des faits réels, du moment qu'elle touche la vie privée du provoqué, elle est considérée

²⁶⁵¹T. simple pol. Lyon, 2 septembre 1908, DP 1908, 5, p. 63.

²⁶⁵²Cass. crim., 17 janvier 1936, Gaz. Pal. 1936, 1, p. 320.

²⁶⁵³Cass. crim., 17 janvier 1936, préc.

²⁶⁵⁴Cass. crim., 26 octobre 1976, B. crim. n° 300.

²⁶⁵⁵Cass. crim., 10 mai 2006, n° 05-82971, non publié au bulletin, Dr. pén. 2006, comm. 135, M. VERON, D. 2006, p. 2220, note E. DREYER.

²⁶⁵⁶A. SERINET, *Injure – L'excuse de provocation*, op. cit., n° 8.

²⁶⁵⁷V. en ce sens A. SERINET, op. cit., n° 8 ; V. dans le même sens P. AUVRET, *Injure*, J.-Cl. Communication, 2008, fasc. 3140, n° 161.

²⁶⁵⁸V. notamment Cass. crim., 3 décembre 1963, B. crim. n° 345, ne constituent pas une provocation des propos relevant du droit normal de critique. Il en est de même pour l'expression d'une opinion politique. Le fondement des solutions en la matière est la liberté d'expression (Art. 10-1° Conv. EDH, Art. 4 Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Toutefois, les juges du fond devront vérifier les éventuels abus d'exercice de la liberté d'expression. Enfin, le sentiment d'injustice ne suffit pas à provoquer un individu à l'injure, même si certaines décisions isolées ont semblé l'admettre (V. par ex. Cass. crim., 16 avril 1985, B. crim. n° 140). « L'appréciation de la provocation ne doit pas dépendre de la plus ou moins grande susceptibilité de chacun quant à sa propre image » (A. SERINET, op. cit., n° 9 citant E. LARGUECHE, « *C'est lui qui a commencé !* ». *L'injure : réaction ou provocation ?*, Sciences croisées, juill. 2012, n° 11, Souci de soi – Souci de l'autre, p. 13).

comme « injuste »²⁶⁵⁹ et expliquant l'injure.

1280. ***L'absence d'exigence d'une provocation à l'imitation verticale.*** En atteignant l'honneur, la considération ou les intérêts du provoqué, le provocateur se place dans une domination méprisante vis-à-vis de celui-ci. Cependant, il n'a pas nécessairement à manifester une intention particulière de provoquer l'injurier et n'attend pas forcément une riposte en retour. En d'autres termes, l'article 33 de la loi de 1881 n'impose pas comme condition à la provocation une volonté délibérée du provocateur à faire réagir le provoqué, *a fortiori* par un comportement d'imitation.

Le provocateur dans cette situation n'entraîne pas délibérément le provoqué dans un agir mimétique vertical. La provocation en matière d'injure n'est pas le fait de « souffler » un acte à accomplir, même si elle reste un comportement qui pousse intentionnellement ou non autrui à quelque chose, et en l'occurrence ici à riposter. Ainsi la provocation pourra être retenue peu importe l'intention du provocateur. Selon Mme Alexandra SERINET, « elle pousse, non pas à commettre une infraction, mais quelqu'un hors de lui »²⁶⁶⁰.

Il paraît établi que la provocation en matière d'excuse absolutoire à l'injure ne doit pas être analysée comme un agir mimétique ni comme la mise en place d'une imitation verticale car il lui manque au provocateur l'élément intentionnel de se faire imiter par le provoqué. En revanche, la riposte de ce dernier semble bien correspondre à un agir mimétique en référence à la provocation.

B. Une riposte mimétique du provoqué

1281. ***Les limitations à l'application de l'excuse de provocation.*** Toutes les injures ne sauraient être excusées par la provocation. La loi récente du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté²⁶⁶¹ a modifié l'alinéa 4 de l'article 33 pour exclure l'excuse de provocation

²⁶⁵⁹Cass. crim., 16 avril 1985, préc., concernant un article de presse dans lequel il était fait état d'un examen psychiatrique du provoqué suite à une scène de violence.

²⁶⁶⁰A. SERINET, *Injure - L'excuse de provocation*, op. cit., n° 8.

²⁶⁶¹La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a modifié l'alinéa 4 de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 pour supprimer l'excuse de provocation en matière d'injure raciale, homophobe ou sexuelle. Cette modification fait suite à une discussion (V. notamment M. VERON, note sous CA Paris, 7 janvier 1998, Dr. pén. 1998, comm. 66) et aux décisions qui rejetaient toute excuse de provocation en cette manière (Par ex. pour un refus Cass. crim., 13 avril 1999, B. crim. n° 77). Dans un arrêt du 22 décembre 1987, la Cour D'Aix-en-Provence avait pu l'admettre pour une dispute entre voisins (CA Aix-en-Provence, 22 décembre 1987, JurisData n° 1987-048904).

pour les injures racistes, sexuelles ou homophobes²⁶⁶².

En outre, l'injure doit être impulsive et intervenir dans un délai raisonnable. Le lien direct entre l'injure et la provocation implique que la première ait suivie de près la seconde. La provocation n'a pas à être immédiate mais doit être récente²⁶⁶³. La loi ne le prévoyant pas précisément, les juges du fond devront apprécier souverainement²⁶⁶⁴ les circonstances de fait²⁶⁶⁵. Ce délai leur permettra notamment d'apprécier le comportement « sanguin » du provoqué, l'émotion n'excluant pas la réflexion. C'est pourquoi l'excuse ne sera pas toujours retenue si la riposte injurieuse intervient dans un temps ou sur un support qui suppose la distanciation avec la provocation²⁶⁶⁶.

1282. ***Un agir mimétique en riposte à la provocation.*** Par l'injure, le provoqué, qui a reçu une représentation péjorative – outrageante – de lui-même, l'a renvoyée à son tour au provocateur. Il a rabaissé celui qui l'a rabaissé. Nous pouvons donc parler d'un agir mimétique en référence au comportement du provocateur. Cependant, ce comportement n'étant pas nécessairement sous-tendu par les deux volontés, on ne saurait affirmer qu'il s'agit d'une imitation plurilatérale. Il est plus certainement question d'une **imitation unilatérale du provoqué qui reproduit le comportement du provocateur**, portée par l'intention du provoqué de reproduire le comportement de son agresseur²⁶⁶⁷.

Premièrement, l'excuse de provocation requiert que le provoqué se soit référé au provocateur et donc représenté celui-ci en tant que modèle. En effet, d'une part, les juges devront vérifier un rapport causal entre provocation et injure selon une causalité adéquate : la provocation doit être, selon le cours normal des choses, de nature à entraîner une injure²⁶⁶⁸. D'autre part, ils devront constater un lien *intuitu personae*. La provocation doit être personnelle

²⁶⁶²V. pour plus de détails sur ce point Maître F. DE KORODI, *Presse : plus d'excuse de provocation pour les injures raciales ni « homophobes »*, Dr. Pén. n° 6, 2017, entretien 2.

²⁶⁶³Cass. crim., 17 février 1981, B. crim. 1981 n° 64, « le temps écoulé entre la provocation et les injures ne rend pas nécessairement celles-ci inexcusables »,

²⁶⁶⁴Cass. crim., 14 juin 1972, B. crim. n° 523 ; Cass. crim., 14 juin 1972, B. crim. n° 523 ; Cass. crim., 17 février 1981, JCP G 1981, IV, p. 156.

²⁶⁶⁵Ainsi, a été rejetée l'excuse pour des injures qui avaient été proférées un mois après la provocation (T. corr. Grasse, 26 février 1966, Gaz. Pal. 1966, I, jurispr. p. 136), huit jours après (CA Versailles, 6 janvier 1982, Gaz. Pal. 1983, 2, somm. p. 288) et même la veille (Cass. crim., 13 avril 1999, B. crim. n° 77). Mais les juges pénaux ont retenu un délai de quinze jours s'agissant de la publication de propos vengeurs. Pour apprécier l'excuse, les juges doivent notamment vérifier que le temps écoulé entre la provocation et l'injure n'a pas fait perdre à la riposte son caractère de réaction impulsive du provoqué (V. Cass. crim., 13 janvier 1956, B. crim. n° 14).

²⁶⁶⁶Par ex. Cass. crim., 13 avril 1999, préc. Les injures proférées lors d'une conférence de presse organisée par le prévenu sur un sujet précis ne constituent pas une riposte immédiate et irréfléchie à des propos diffamatoires.

²⁶⁶⁷Certains auteurs ont pu douter de l'intention de l'injure en riposte à une provocation (V. notamment P. AUVRET, *Injure*, op. cit., n° 158). Il nous semble que le provoqué démontre une intention instantanée.

²⁶⁶⁸Cass. crim., 26 octobre 1976, B. crim. n° 300.

et l'injure doit être proférée par celui qui a été personnellement provoqué²⁶⁶⁹. Celle-ci doit spécifiquement viser les particuliers²⁶⁷⁰.

Deuxièmement, le provoqué agit bien en fonction d'une certaine équivalence puisque la riposte doit être proportionnelle à la provocation. La condition de proportionnalité est rarement mise à l'épreuve en pratique car il existe souvent un « parallélisme des formes »²⁶⁷¹, les protagonistes se confrontant par des propos, écrits ou verbaux.

1283. ***Une imitation unilatérale.*** Dans cette mesure, la qualification de cette imitation en unilatérale ou plurilatérale dépendra de la détermination du provocateur (selon qu'il ait voulu provoquer ou non). Ensuite, la qualification de l'imitation en reproduction ou simulacre relèvera du moyen utilisé par l'un ou l'autre des protagonistes.

Imitation reproduction ou simulacre. Si ***l'injure répond à l'injure***, on peut parler d'imitation reproduction ou simulacre, en fonction des moyens d'expression utilisés par l'un ou l'autre. Si les moyens sont identiques, l'imitation sera qualifiée de reproduction²⁶⁷². Si les moyens sont ressemblants (différents mais ressemblants en ce qu'ils sont des supports d'une pensée visant à rabaisser l'autre²⁶⁷³), l'imitation sera alors simulacre²⁶⁷⁴.

Elle pourra éventuellement comporter une part d'innovation.

Dans les autres cas – ***injure face à un acte d'une autre nature***, - il est remarquable que l'excuse ne saurait être invoquée pour un comportement de riposte disproportionné par rapport

²⁶⁶⁹S'identifier à la victime réelle de la provocation ne suffit pas à caractériser une provocation personnelle (Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-88.562, non publié au bulletin), à moins d'être un proche. En effet, la jurisprudence considère exceptionnellement que les proches de la personne provoquée (proximité étroite : conjoints, parents, enfants) peuvent eux-mêmes réagir par une injure (Cass. crim., 15 avril 1959, B. crim. n° 22). Il faut dire que lorsque les proches de la victime ont ressenti le besoin de riposter, c'est que la provocation, en général, les a touchés personnellement.

²⁶⁷⁰En revanche, à plusieurs reprises, la jurisprudence est intervenue pour rappeler que l'excuse de provocation ne jouait pas lorsque l'injure était dirigée contre les personnes et les corps investis de l'autorité publique, désignés aux articles 30 et 31 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (V. notamment Cass. crim., 15 mars 2005, B. crim. n° ; Cass. crim., 12 juin 1896, B. crim. n° 189). Certains ont d'ailleurs pu dire que cette absence d'excuse de provocation apparaît comme un privilège en faveur de l'autorité publique, tendant à la fortifier (V. P. AUVRET, *Injure*, op. cit., n° 144). Un arrêt du 15 mars 2016 précise de surcroît que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations distinctes » (Cass. crim., 15 mars 2016, n° 15-90022, B. crim. n° 80, Comm. com. électr. 2016, comm. 53, note A. LEPAGE).

²⁶⁷¹Expression empruntée à A. SERINET, *Injure – L'excuse de provocation*, op. cit., n° 24.

²⁶⁷²Tel est le cas lorsque les protagonistes ont tous deux proférés des propos verbaux ou encore se sont échangés des lettres.

²⁶⁷³Le provoqué reproduit le comportement de rabaisser l'autre, d'entacher en retour l'image de son provocateur comme il a pu lui-même le faire mais en utilisant l'injure selon ses propres moyens. L'imitation sera toujours simulacre, et de surcroît, avec innovation.

²⁶⁷⁴CA Nîmes, 1er mars 2001, JurisData n° 2001-146578, s'agissant d'un tract qui qualifiait une personnalité politique de « corbeau, menteur et simplet » qui avait lui-même proféré des propos injurieux qualifiant le provoqué de « nain de jardin ».

à l'atteinte subie par le provoqué²⁶⁷⁵. C'est ici exiger que le comportement du provoqué demeure dans un **même registre d'intensité, équivalent à celui auquel il répond**.

Ce n'est donc pas la provocation qui confère à son comportement son caractère excusable, mais bien le fait que le provoqué réponde par un comportement imitatif. Celui-ci tente de faire comme l'autre, et ni moins ni plus que son provocateur.

1284. ***L'excuse de provocation non-exclusive d'une imitation.*** Ainsi, selon le concept d'imitation, l'excuse de provocation semble pouvoir davantage renvoyer à une imitation unilatérale, celle-ci n'imposant pas une intention coupable du provocateur. Ce dernier ne cherche pas nécessairement à « souffler » un modèle à suivre et à créer un comportement d'agir mimétique vertical. Certains auteurs ont pu définir la situation d'excuse de la provocation comme « **une sorte de duel ou de jeu de scène** »²⁶⁷⁶, « **jeu de miroir** »²⁶⁷⁷, mais qui se trouve être à sens unique.

De surcroît, si l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881, il est tout à fait concevable qu'une provocation puisse être matérialisée par des gestes ou des coups, une agression quelconque comme un vol²⁶⁷⁸. **Ainsi l'injure ne correspondrait pas toujours à un comportement d'imitation, même unilatéral.**

1285. ***Pour conclure sur l'excuse absolutoire de provocation.*** Il est remarquable que le droit pénal excuse sinon approuve par exception une situation d'imitation comportementale, où les comportements engagés demeurent fautifs.

Le législateur semble limiter l'excuse à l'infraction d'injure. Par la suppression des autres excuses légales de provocation, *a fortiori*, il est possible de considérer que tout autre comportement pénalement répréhensible, même provoqués, devrait trouver sanction. Néanmoins, on peut remarquer que les juges n'hésitent pas à prendre en compte le comportement provocateur de l'agresseur afin de diminuer la culpabilité du prévenu. Par

²⁶⁷⁵Sauf à considérer que l'acte de provocation ait été des coups d'une certaine violence. Dans ce cas, il est plus difficile de considérer les comportements, du provocateur et du provoqué, d'imitation. Toutefois, nous avons aussi dit que de telles situations étaient rares, voire inexistantes dans les arrêts que nous avons pu consulter. D'une part, il nous paraît peu probable qu'un agresseur porte plainte pour injure. D'autre part, l'excuse de provocation ne poserait aucune difficulté dans ce cas.

²⁶⁷⁶P. AUVRET, *Injure*, op. cit., n° 147.

²⁶⁷⁷A. SERINET, *Injure – L'excuse de provocation*, op. cit., n° 17.

²⁶⁷⁸Toutefois dans ces dernières situations, il faut admettre que l'excuse de provocation serait retenue sans aucune difficulté. On peut aussi penser à un individu qui bouscule un autre qui, de sang-froid, l'injurie. Tout dépendra de la proportionnalité de l'acte. On peut également imaginer par exemple, une provocation par une autorité lors d'un rassemblement de foule. Dans ce cas, l'excuse de provocation devrait être refusée.

exemple, dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la chambre sociale le 30 juin 2010²⁶⁷⁹, un employé proféra des injures à l'encontre d'un autre, ce qui déclencha une bagarre. L'injurié violenta alors son agresseur, et se fit licencier. Pour les juges pénaux, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Ils retiennent que la gifle a été provoquée par un comportement « odieux, insultant vexatoire et provocateur » d'un individu qui « cherchait la bagarre » à l'égard d'abord d'un employé puis ensuite à l'égard du salarié essayant de calmer les choses. Dans ce sens, la cour d'appel a pu décider que le geste reproché à l'intéressé n'était pas de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise et ne constituait donc pas une faute grave.

En dehors de l'excuse de provocation, tout provoqué qui aura commis une infraction devra être sanctionné. Néanmoins, parce que le provocateur a été la « faute de la faute », il est nécessaire que sa peine soit adaptée au regard des circonstances qui ont entouré les faits.

II. Adaptation nécessaire de la sanction et de la peine du provoqué à l'infraction

1286. Celui qui est juridiquement désigné responsable est « aussitôt sujet d'une obligation d'avoir à « répondre », d'une obligation d'avoir à assumer la sanction ou la peine, l'effet que le droit attache à un comportement qu'il déclare délictuel. Or, le sujet obligé qui doit répondre de son comportement est un sujet libre et non soumis *a priori* à une nécessité qui pourrait lui enlever la volonté même qui fonde l'obligation. C'est là l'élémentaire condition de toute responsabilité juridique »²⁶⁸⁰.

1287. ***Théorie de la sanction.*** La théorie de la sanction comprend un certain nombre de principes. Le principe de la légalité : aucune peine ne peut être prononcée sans texte de loi. Le principe d'égalité : nous sommes tous égaux devant la loi. Le principe de proportionnalité entre peine et délit : il doit exister une juste mesure entre peine et infraction. Le principe de personnalité : seul le coupable supporte la peine. Et enfin, le principe d'individualisation de la peine : la peine doit être adaptée à l'agent.

La peine trouve une utilité certaine lorsqu'un individu a accompli un acte contraire à la loi. Le provoqué, même manipulé, en faisant sien un modèle illicite doit être sanctionné.

²⁶⁷⁹Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66213, non publié au bulletin.

²⁶⁸⁰J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, op. cit., p. 93.

Toutefois, parce qu'il a agi dans des circonstances bien particulières, sa peine doit être adaptée. Il s'agira d'abord de rappeler rapidement l'utilité de la peine (Paragraphe 1) puis d'étudier son individualisation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Rappel de l'utilité de la peine

1288. **La peine.** La peine vient du latin *poena* qui signifie « châtiment ». Elle est comprise comme un fardeau pour celui qui la subit. M. le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD rapporte que d'un point de vue utilitariste, la peine « fait contrepoids au préjudice et à l'acte dangereux qui l'a provoqué ; cet acte a procuré à son auteur, dira-t-on, un avantage fictif d'intérêt, un avantage indu parce qu'il fausse ou perturbe l'équilibre des intérêts du groupe »²⁶⁸¹. D'un point de vue rétributiviste, « la peine compense la faute », et « se manifeste l'aspect moral et subjectif de la responsabilité juridique »²⁶⁸².

Aujourd'hui, l'article 130-1 du Code pénal prévoit qu'« afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Ainsi retrouvons-nous l'idée d'une peine rétributive, éliminatrice et d'intimidation et réparatrice. Si la peine est un châtiment, elle est teintée d'une vision humaniste, qui recherche à permettre au condamné son amendement, insertion ou réinsertion. Ainsi elle est tournée vers le passé (A) mais également vers le futur (B)²⁶⁸³.

A. La peine tournée vers le passé

1289. **La peine rétributive.** Tournée vers le passé, la peine poursuit d'abord un but rétributif²⁶⁸⁴, puisqu'elle a pour fonction de sanctionner le condamné. Le législateur comme le juge considéreront alors l'infraction commise, le dommage social causé, le trouble à l'ordre public, la faute de l'agent ainsi que sa responsabilité morale au moment précis de l'acte.

²⁶⁸¹J.-M. TRIGEAUD, id., p. 89.

²⁶⁸²J.-M. TRIGEAUD, ibid.

²⁶⁸³Nous nous en tiendrons ici au vieux débat qu'a pu susciter la peine, une étude approfondie demanderait un travail de prolongement qui ne saurait être celui de cette thèse. Ainsi, verrons-nous rapidement ces éléments.

²⁶⁸⁴Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré que « le prononcé d'une peine a pour but d'assurer la rétribution de la faute commise par l'auteur de l'infraction et le rétablissement de la paix sociale ». CA [Ass.], 19 juillet 2011, Christian et Ophélie A., n° 335625, Rev. pénit. p. 923, obs. E. PECHILLON.

Pour M. le Professeur Jean-Paul CERE, « la rétribution procède d'une fonction morale de la peine et privilégie la faute passée du délinquant »²⁶⁸⁵. Elle est guidée par un souci de justice et par la volonté de rétablir l'équilibre rompu par l'auteur de l'infraction²⁶⁸⁶. La peine permet à l'agent une souffrance censée répondre au trouble causé. Il paie sa dette à la Société²⁶⁸⁷. Ainsi comprend-elle une souffrance morale – en atteignant la liberté de mouvements – et une souffrance matérielle – en atteignant le patrimoine. Et le coupable est désigné à la réprobation sociale.

La Cour européenne des droits de l'homme et du citoyen a d'ailleurs estimé que « l'élément de rétribution inhérent au principe de la période punitive n'emporte pas en soi violation de l'article 3 Conv. EDH »²⁶⁸⁸. Le coupable doit subir un mal proportionné à celui qu'il a causé à la Société, par une peine afflictive et infamante²⁶⁸⁹.

La rétribution ne trouve une juste application que si la peine est juste. C'est pourquoi les déments et les jeunes enfants peuvent échapper à la peine. La rétribution ne peut pas faire abstraction de « sa fonction morale »²⁶⁹⁰, « c'est pourquoi elle reste tarifée, dans nos codes, en dépit d'une évolution certaine vers plus de souplesse, en fonction de la gravité de cet acte passé et d'éléments internes ou externes antérieurs ou contemporains, et que la grande règle en droit pénal veut que le juge se place fictivement au jour de l'infraction »²⁶⁹¹.

1290. ***La peine réparatrice.*** La peine étant tournée vers le passé, elle sert également parfois à réparer, par respect des intérêts de la victime. A ce titre, on peut citer les amendes, qui sont comprises par des réparations civiles²⁶⁹², les remises en état ou encore les techniques de procédures de la « troisième voie » qui permettent la réparation du préjudice causé à la victime de l'infraction pour exclure les poursuites²⁶⁹³.

La peine est aussi orientée vers l'avenir.

²⁶⁸⁵J.-P. CERE, *Peine (Nature et prononcé)*, Rép. pén., 2008, n° 3.

²⁶⁸⁶V. notamment P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, Paris : Félix Alcan, 1920, 2^{ème} éd.

²⁶⁸⁷En supposant toutefois qu'il soit doué de discernement.

²⁶⁸⁸CEDH, 11 avril 2006, Léger c/ France, req. n° 19324/01, § 91, D. 2006, 1800, note J.-P. CERE, RSC 2007, 134, obs. F. MASSIAS.

²⁶⁸⁹J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 522. Le Professeur PRADEL remarque que « le nouveau Code ne parle plus du tout de peines afflictives et infamantes. Et pourtant, les caractères afflictif et infamant de la peine sont des données permanentes ».

²⁶⁹⁰B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 502, p. 416.

²⁶⁹¹B. BOULOC, id., p. 416-417.

²⁶⁹²On peut notamment citer l'amende fiscale.

²⁶⁹³Art. 41-1, 4° et 5° C. proc. pén. ; Art. 41-2, 18°, C. proc. pén.

B. La peine tournée vers le futur

1291. La peine doit également prévenir la commission de nouvelles infractions supposant ainsi qu'elle doit être intimidatrice et éliminatrice.

1292. **La peine dissuasive.** D'abord, la peine doit être dissuasive. BECCARIA envisageait que « le but des châtiments ne peut être [...] que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »²⁶⁹⁴. L'intimidation de la peine se constate au travers des *quantum* des peines, que le législateur a estimé adaptées au regard de l'atteinte porté à la valeur sociale protégée. Sa dissuasion est alors de deux ordres.

D'une part, elle est individuelle car elle vise à prévenir toute récidive. On parle de prévention spéciale. Elle permet donc de détourner le délinquant du chemin de l'*iter criminis*. La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs considéré qu'« empêcher un délinquant de récidiver est l'une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement »²⁶⁹⁵.

D'autre part, la dissuasion est collective car elle permet de susciter la crainte à l'égard des autres individus, afin de les détourner du chemin de la délinquance. Cette intimidation correspond à une prévention générale.

1293. **La quantification de la valeur de la dissuasion.** La valeur dissuasive de la peine reste difficilement quantifiable²⁶⁹⁶. Et le caractère inhibiteur de la peine l'est tout autant. Pour M. le Professeur CERE, « il suffit de s'attarder sur le volume de la criminalité et sur l'importance de la récidive pour se convaincre de l'intensité restreinte du caractère intimidant de la peine même s'il est vrai que la simple menace d'une peine peut encore jouer un rôle bénéfique de prévention spéciale à l'égard de certains délinquants »²⁶⁹⁷. Certains auteurs ont d'ailleurs pu douter de la fonction d'intimidation pour dissuader les individus non délinquants²⁶⁹⁸. Toutefois, M. le Professeur Bernard BOULOC soulève justement que « l'intimidation paraît également

²⁶⁹⁴V. C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Paris : Cujas, 1966.

²⁶⁹⁵CEDH, 9 juillet 2013, Vinter et autres c/ Royaume-Uni, n° 66069/09, § 108.

²⁶⁹⁶V. notamment J. VÉRIN, *La prévention sociale, mythe ou réalité*, RSC 1982. 813 ; V. également 2^{ème} colloque international de Politique criminelle du 18 mars 1977 tenu à Paris sur « la politique criminelle et le problème de la prévention générale », Arch. po. crim. 1977, n° 3, p. 1.

²⁶⁹⁷J.-P. CERE, *Peine (Nature et prononcé)*, op. cit., n° 5.

²⁶⁹⁸V. notamment Th. SELLIN, *Intimidation générale et peine de mort*, RSC 1979, 315 ; F. J. PANSIER, *La peine et le droit*, Paris : PUF, 1994, pp. 40-41 ; V. aussi J. VÉRIN, *La prévention sociale, mythe ou réalité*, op. cit., p. 813.

nécessaire au juge lorsqu'il constate la multiplication de certaines infractions, et qu'il a l'impression que les délinquants ont été encouragés à commettre leur acte par la faiblesse des sanctions habituellement appliquées à des agissements analogues. La sévérité lui paraît alors le meilleur moyen d'arrêter la contagion »²⁶⁹⁹.

Il faut également remarquer que l'intimidation trouve parfois un certain succès auprès de certains délinquants, notamment au travers des lois de sursis, qui ne commettent plus d'infraction après leur passage devant la justice.

1294. ***La peine éliminatrice.*** Ensuite, la peine est éliminatrice. Elle permet d'écarter le condamné de la société. Cette affirmation était d'autant plus vraie lorsqu'était encore appliquée la peine de mort. La disparition définitive du coupable paraissait, pour l'époque, la meilleure façon de protéger les autres concitoyens, puisque n'était pas pris le risque de récidive. La suppression de la peine de mort par la loi du 9 octobre 1981²⁷⁰⁰ n'a pas fait disparaître la fonction éliminatrice de la peine, même si elle ne doit plus être inhumaine. « L'incarcération éloigne momentanément le coupable et assure qu'il ne commettra pas d'autres infractions durant sa vie recluse »²⁷⁰¹. La réclusion criminelle à perpétuité garde encore cette fonction de la peine²⁷⁰². Cette élimination reste logiquement temporaire et limitée, notamment avec les mécanismes de la commutation de peine et de la libération conditionnelle²⁷⁰³. Toutefois, reste la question des mesures de sûreté, exclusivement orientée vers l'avenir, présentée comme trouvant un but préventif en cherchant à neutraliser un état dangereux²⁷⁰⁴.

1295. ***Amendement du condamné, insertion ou réinsertion.*** Enfin, l'article 130-1 du Code pénal fait également état de l'amendement, de l'insertion et de la réinsertion du condamné. Cette fonction d'amendement notamment est encouragée par la doctrine de la défense sociale nouvelle, mais également ceux qui la combattent. A partir du XVIII-XIX^{ème} siècle, commence à émerger l'idée d'une réformation de l'individu. Se redessine le rôle des prisons. On souhaite

²⁶⁹⁹B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 415.

²⁷⁰⁰Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

²⁷⁰¹J.-P. CERE, op. cit., n° 7.

²⁷⁰²Contra B. BOULOC, op. cit., n° 503, p. 417.

²⁷⁰³Pour une justification de la peine privative de liberté en termes de logique de maintien de l'ordre V. notamment C. FAUGERON, J.-M. LE BOULAIRE, *Prisons, peine de prison et ordre public*, RF sociol., 1992. 3.

²⁷⁰⁴J.-M. TRIGEAUD, *Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle*, Personne, Droit et Existence, Ed. Bière, 2009, p. 224 à 239. Les mesures sont totalement détachées de l'idée de faute, donc assez critiquables. Il est question de punir deux fois, de punir un personnage et non plus une personne.

un traitement rééducatif du condamné, la peine est vue sous une optique plus humaniste²⁷⁰⁵. On prône notamment « l'importance du rôle dévolu au travail, à la discipline et à l'éducation religieuse du détenu afin de pouvoir optimiser son amendement »²⁷⁰⁶. « L'amendement du délinquant revient à le transformer en honnête homme et à le reclasser dans la société »²⁷⁰⁷. Ainsi faut-il comprendre que cette fonction permettra d'éviter que le délinquant ne retombe dans la délinquance²⁷⁰⁸.

Peu à peu a émergé l'idée de la réhabilitation du condamné²⁷⁰⁹. La sanction doit oeuvrer dans le sens d'une resocialisation du délinquant ou du criminel. Il faut lui donner les moyens de se préparer à une future réinsertion. « La réadaptation du délinquant rend indispensable la diversification du traitement pénal »²⁷¹⁰.

1296. ***La conception humaniste de la prison et textes.*** Une multitude de textes sont venus poser une conception humaniste de la prison et donc une protection du détenu²⁷¹¹. Entre autres, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 10 décembre 1966 comprend des dispositions spécifiques aux peines et réaffirme notamment l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁷¹². Par ailleurs, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet des garanties supplémentaires en raison du mécanisme de contrôle des droits qu'elle protège. On peut citer encore la Convention européenne contre la torture, les peines et traitements inhumains ou dégradants²⁷¹³, etc.

Dans le droit positif français, on retrouve cette idée humaniste. La réforme Amor de 1945, prévoyant notamment l'amendement et le reclassement social, est repris essentiellement dans le Code de procédure pénale. Son article 707 insiste sur l'effectivité des peines et leur mise à exécution dans les meilleurs délais. Ainsi est prise en compte la personne du condamné dans

²⁷⁰⁵V. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954.

²⁷⁰⁶J.-P. CERE, *Peine (Nature et prononcé)*, op. cit., n° 8.

²⁷⁰⁷Ibid. Ce que proclamait d'ailleurs PLATON, SAINT AUGUSTIN, SAINT THOMAS.

²⁷⁰⁸V. R. GASSIN, *Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français*, RSC 1996, p. 155 et s.

²⁷⁰⁹V. notamment A. K. DE LAFORCADE, *Les condamnations à de courts peines d'emprisonnement*, Thèse Paris 2, 2010.

²⁷¹⁰V. notamment J.-H. SYR, *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, RSC 1994, p. 217

²⁷¹¹V. notamment J.-P. CÉRÉ, *Les nouvelles règles pénitentiaires européennes. Vers une protection globale des droits des détenus*, RPDP 2006. 415 ; P. PONCELA, *L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes*, RSC 2007. 126.

²⁷¹²Art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 10 décembre 1966.

²⁷¹³Entrée en vigueur le 1^{er} février 1989 ; V. E. DECAUX, La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants, *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, pp. 618-633.

l'application de la peine. Ce qui a notamment permis l'avènement des juridictions de l'application des peines. Pour le Professeur Bernard BOULOC, « le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions »²⁷¹⁴.

1297. ***Amendement et prononcé de la peine.*** Aussi, cette fonction particulière de la peine se retrouve en quelque sorte lors de la condamnation. L'article 132-1 du Code pénal participe de cette idée puisqu'il prévoit que « dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ». Ainsi, la fonction de réformation de la peine se rencontre au travers de l'individualisation de la peine. Le provoqué nous semble être un « bon candidat » à cette démarche.

Paragraphe 2. L'individualisation de la peine du provoqué persuadé

1298. ***La notion d'individualisation de la peine.*** On doit à SALEILLES l'expression de « l'individualisation de la peine »²⁷¹⁵. L'auteur prône, tout comme DURKHEIM²⁷¹⁶, que la peine doit être à la fois un mal expiatoire apaisant l'émotion suscitée par le crime et un juste rapport entre le mal commis et le mal subi²⁷¹⁷.

Selon lui, la peine répond à un « mal extérieur », mais elle doit traiter le « mal intérieur » que subit le criminel. Son ouvrage tend à répondre à la question qu'il se pose dès le début : « comment [...] concilier avec des nécessités sociales [...] le besoin devenu indispensable de tenir compte de l'individu lui-même et la nécessité par conséquent de proportionner la peine moins au fait matériel qu'il a commis et au mal extérieur qu'il a produit, qu'au mal intérieur qui est en lui, à cette sorte de criminalité latente et virtuelle qui fait de lui un être dangereux

²⁷¹⁴B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 419.

²⁷¹⁵R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris : Alcan, 3^{ème} éd., 1927.

²⁷¹⁶V. notamment E. DURKHEIM, *Définitions du crime et fonction du châtement*, *Déviance et criminalité*, textes réunis par D. SZABO avec la collaboration d'A. NORMANDEAU, Paris : Librairie Armand Colin, 1970, pp. 88-99.

²⁷¹⁷V. notamment D. SALAS, R. OTTENHOF (sous dir.), *Une relecture de l'individualisation de la peine*, *L'individualisation de la peine*, De Saleilles à aujourd'hui, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, Eres, 2001, p. 197-198.

pour les autres enfin à son degré de moralité ou si l'on peut ainsi dire de normalité et aux chances de relèvement qu'il peut offrir ? »²⁷¹⁸. SALEILLES, suivi par d'autres, a ainsi permis une réflexion sur la peine dont on trouve des traces dans notre système judiciaire.

1299. ***Le juge pénal et l'individualisation de la peine***²⁷¹⁹. Les règles générales d'individualisation judiciaire de la peine sont marquées par de multiples modifications législatives. Après la constatation de l'arbitraire judiciaire de l'Ancien Régime, le Code pénal de 1791 avait fait du juge pénal « un simple distributeur mécanique de peines fixes »²⁷²⁰. Puis, le Code pénal de 1810 était revenu sur la possibilité pour les juges de choisir les peines, mais en fonction d'un *maxima* et d'un *minima* et prévoyait des causes atténuantes ou d'aggravation de la sanction.

Petit à petit, plusieurs textes se succédèrent afin de permettre au juge pénal une plus ou moins grande liberté dans le choix de la sanction ou dans la détermination de son *quantum*. Aujourd'hui, le juge peut prononcer la peine lui semblant la plus adaptée. Du fait de la suppression des peines minimales, les circonstances atténuantes ont disparu depuis la réforme du Code pénal de 1992, à la différence des circonstances aggravantes. Ainsi, le juge est-il tenu de ne pas dépasser ce maximum fixé par le législateur en termes de peine. En revanche, il n'est plus tenu aux limites d'un seuil minimal.

1300. ***L'individualisation de la peine prévue par les textes***. Au côté de l'article 132-1 du Code pénal, l'article 132-1 participe de l'effectivité de l'individualisation de la peine. Selon, son alinéa 2 « toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée ». Il s'agit là d'un principe cardinal de notre système pénal, principe « organique du droit de la peine »²⁷²¹, autorisant le juge à adapter la sanction en fonction de la personnalité du délinquant, de sa singularité, et des circonstances de l'infraction. Au travers ces textes, « le législateur délègue au juge pénal la mission d'assurer la proportionnalité des sanctions chaque fois qu'il se trouve dans l'impossibilité pratique de la réaliser lui-même »²⁷²². Principe ayant valeur constitutionnelle²⁷²³,

²⁷¹⁸R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, op. cit., p. 16.

²⁷¹⁹V. notamment R. MERLE, *La pénitence et la peine : théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris : Cujas, 1985.

²⁷²⁰R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., n° 815, p. 977.

²⁷²¹P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 227 ; V. également R. SCHMELCK, G. PICCA, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris : Cujas, 1967.

²⁷²²A.-S. CHAVENT, *La proportionnalité en droit pénal général*, Thèse Lyon III, 2002, p. 15.

²⁷²³C. Const. DC n° 2005-520, 22 juillet 2005, cons. 3. Le principe d'individualisation des peines découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

il permet que « la justice pénale ne se cantonne pas au seul acte criminel commis »²⁷²⁴.

Ainsi, au-delà d'apprécier objectivement la commission d'une infraction, le juge pénal doit également centrer son raisonnement quant à la détermination de la peine sur la personne de l'auteur de l'infraction. Selon l'article 132-1 alinéa 2 du Code pénal, « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». Ce principe permet alors de « faire en sorte que le crime ne passe pas devant le criminel ou à tout le moins, que l'auteur de l'infraction ne soit pas réduit à son acte »²⁷²⁵.

La marge d'appréciation laissé par le législateur au juge doit être utilisée pour doser la peine, selon la culpabilité reconnue au prévenu, mais également au regard de l'état dangereux de celui-ci. On ne peut nier un « principe de la responsabilité morale du coupable ». *Nulla poena sine culpa*.

1301. ***L'individualisation de la peine en matière de provocation.*** Mme Diane PORTOLANO remarque, toutefois, que la problématique de l'individualisation de la peine, notamment en matière de provocation, est que les juges n'appréhendent pas toujours la provocation. Dans ce sens, les situations s'avèrent sources d'inégalités profondes de traitement ou au moins de disparités, puisque des affaires analogues ne sont pas traitées de la même façon et que des affaires différentes ne sont pas traitées différemment²⁷²⁶. C'est d'ailleurs pour cela que l'auteur propose, de façon très détaillée, une cause légale atténuante, limitée aux seuls délits et contraventions provoqués²⁷²⁷.

Si sa démarche nous paraît séduisante, on peut cependant considérer que les causes d'atténuation ou de disparition de la responsabilité du provoqué sont suffisantes. Par ailleurs, si l'excuse atténuante de provocation, en dehors de l'injure, a disparu du *corpus* pénal, elle peut toujours être invoquée devant le juge répressif. En effet, c'est l'effet automatique de l'excuse légale de provocation, ainsi que son incidence obligatoire sur la peine encourue, qui ont été supprimés. Rien n'interdit à un prévenu ou à un accusé d'invoquer la provocation à titre de

²⁷²⁴J.-P. CERE, *Peine (Nature et prononcé)*, op. cit., n° 20.

²⁷²⁵I. DRÉAN-RIVETTE, *L'article 132-24, alinéa 2 : une perte d'intelligibilité de la loi pénale ?*, AJ pénal 2006. 117.

²⁷²⁶D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, op. cit., p. 343 et s. Ce qui a d'ailleurs conduit l'auteur à proposer une nouvelle excuse légale de provocation. Ce qui imposerait au juge d'intégrer dans l'individualisation de la peine la compréhension de la provocation.

²⁷²⁷D. PORTOLANO, id., n° 296, p. 343.

circonstances susceptibles de justifier l'indulgence du juge quant à la détermination de la peine. Les règles générales de prononcé et d'individualisation de la peine nous semble être un moyen suffisant pour adapter au mieux la sanction du provoqué.

1302. ***La motivation de la décision des juges.*** Par principe, les juges n'ont pas à motiver leur décision dans le prononcé d'une peine personnalisée, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. Toutefois, la Cour de cassation a récemment, dans trois arrêts du 1^{er} février 2017, instauré un doute sur ce point, concernant les peines d'amende. Dans l'arrêt d'appel de la première affaire, les juges du fond avaient prononcé une amende en prenant en considération les ressources et les charges des prévenus pour fixer le montant de l'amende, conformément aux dispositions pénales. En effet, selon les deux premiers alinéas de l'article 132-20 du Code pénal, « lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue. Le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ». Pourtant, la Haute cour considère que « le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges »²⁷²⁸. Or les magistrats ne s'étant pas expliqués sur leur choix quant à la peine d'amende, la Cour de cassation a cassé l'arrêt²⁷²⁹. Autrement dit, les juges doivent désormais motiver spécialement leur décision. Cette nouvelle solution marque un revirement de jurisprudence puisque la Haute cour ne se cantonne plus à un simple contrôle de légalité²⁷³⁰, mais à un contrôle de l'appréciation de la proportionnalité de la peine, au moins en matière d'amende²⁷³¹.

²⁷²⁸ Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-83984, à paraître au B. crim. ; V. également E. BONIS-GARCON, *Individualisation des peines - Motivation de la décision prononçant une peine d'amende*, Dr. Pén. n° 4, 2017, comm. 69.

²⁷²⁹ V. également Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-84511 et Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-85199, s'agissant de la même solution.

²⁷³⁰ Notamment de l'article 132-20 du Code pénal.

²⁷³¹ On remarquera que la solution n'est pas générale mais spécifique au juge qui prononce une amende. En matière de peine criminelle, dans trois arrêts du 8 février 2017, la Cour de cassation a censuré trois arrêts d'assises qui avaient motivé la peine prononcée (Cass. crim., 8 février 2017, n° 15-86914, n° 16-80389, n° 16-80391). Dans un arrêt du 29 mai 2013, la Haute Cour avait refusé de renvoyer une QPC qui portait sur l'absence de motivation des peines de réclusion criminelle et d'emprisonnement prononcées par les Cours d'assises, s'expliquant « par l'exigence d'un vote à la majorité absolue ou à la majorité de six ou de huit voix au moins lorsque le maximum de la peine privative de liberté est prononcé » et ne portant donc « pas atteinte au droit à l'égalité devant la justice garanti par les articles 6 et 16 de la DDHC de 1789, les personnes accusées de crimes étant ainsi dans une situation différente de celles poursuivies devant un tribunal correctionnel » (Cass. crim., 29 mai 2013, n° 12-86630).

1303. *Pour conclure sur l'individualisation de la peine du provoqué.* La société ne trouve pas un désintérêt à l'individualisation de la peine. En effet, une peine adaptée au délinquant lui assure une meilleure réinsertion dans la société, ce qui préserve cette dernière d'une éventuelle récidive. Concernant le sort du provoqué, il faut donc s'en remettre à la sagesse du juge. Lorsqu'il a été persuadé simplement, il nous semble que sa peine doit être sévère. En effet, s'il entre dans une imitation plurilatérale verticale, **le provocateur ne fait que renforcer un état délinquant préexistant**. En revanche, le provoqué persuadé par manipulation mentale à accomplir des actes délictueux par imitation devrait trouver plus d'indulgence de la part du juge. Car même s'il a fait sien un modèle illicite, voire dangereux, ce dernier lui a été suggéré par un provocateur possédant **un certain pouvoir de fascination, sorte de prestige antisocial**. Néanmoins, étant donné la création éventuellement durable d'une représentation d'une image mentale illicite et potentiellement dangereuse dans l'esprit de la personne provoquée, une attention particulière devrait pouvoir être portée à l'amendement et au traitement rééducatif du condamné.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1304. *Causalité objective et causalité subjective.* Le provocateur qui use de moyens par persuasion peut être à l'origine d'une imitation plurilatérale verticale, surtout s'il manipule mentalement la personne provoquée. L'engagement de sa responsabilité doit dépendre alors d'une causalité objective – entre acte de provocation et acte provoqué – et d'une causalité subjective – entre intention du provocateur et intention du provoqué. Ce n'est qu'à partir de ce constat que l'on pourra justement et équitablement le considérer comme « **faute de la faute** », que la provocation ait été ou non suivie d'effet. Car tout provocateur ne devrait pas être sanctionné, certain ne faisant que susciter la « passion », sans pour autant avoir entendu être suivi. En revanche, celui qui, sciemment, crée et communique la représentation d'un modèle illicite risquant certainement d'entraîner des comportements d'imitation plurilatérale verticale, voire d'imitation plurilatérale horizontale, sont des provocateurs dangereux. D'autant plus que cette représentation est susceptible de perdurer dans l'esprit du provoqué même après son passage à l'acte.

1305. *Nécessité de qualifier le provocateur de façon autonome.* Nous avons, dès lors, proposé des axes de réflexions afin de permettre une prise en compte et un engagement de la responsabilité de chacun des protagonistes plus adaptés à la réalité criminologique. En effet, le provocateur ne devrait pas être considéré comme simple complice. Il est plus que cela, surtout s'il est à l'origine d'un agir mimétique vertical. Il est **celui qui « souffle » l'action d'un autre**, et est donc à l'origine de l'infraction provoquée. Ainsi nous nous sommes interrogé sur l'intérêt de prévoir une qualification autonome visant l'instigateur par provocation d'infraction.

1306. *Responsabilité du provoqué.* En outre, parce que le provocateur est la « faute de la faute », nous nous sommes questionné sur la responsabilité du provoqué. Nous avons conclu qu'en matière de provocation à des actes illicites d'imitation plurilatérale verticale, ce dernier ne pouvait pas, ou du moins difficilement, invoquer des causes d'atténuation ou de disparition de responsabilité. En dehors de certains cas, tel que la minorité, les troubles psychiques ou neuropsychiques, l'acte du provoqué est considéré comme ayant été accompli avec suffisamment de liberté et de volonté pour que sa responsabilité pénale soit engagée. Le provocateur à des actes d'imitation illicite, même par persuasion coercitive, n'enlève pas au provoqué la totalité de son libre arbitre. Celui-ci **fait sien un modèle illicite qu'il reproduit**

volontairement et il convient donc de le sanctionner en conséquence.

Toutefois, parce qu'il a été manipulé, le juge devra prendre en compte les circonstances qui ont entouré l'infraction, afin d'adapter au mieux la peine du provoqué. Ce qui lui permettra notamment d'organiser son amendement, une insertion ou une réinsertion efficace et suivie de prêt, surtout si le provocateur a réussi à faire du modèle illicite un modèle de conduite persistant chez le provocateur.

CONCLUSION DU TITRE II

1307. ***La sanction de la provocation à une imitation plurilatérale verticale.*** Toute provocation n'est pas sanctionnée par le droit. Elle le devient seulement si elle trouve un objet illégal. Axant notre démarche sur l'étude des provocations des actes illicites, nous avons déterminé que la provocation à une infraction par persuasion simple ou complexe correspond à une **provocation à une imitation plurilatérale verticale**. En effet, le provocateur crée et communique la représentation d'un modèle illicite à suivre, dont l'objet est soit un comportement précis soit un simple résultat. Le ou les provoqués vont alors recevoir ce modèle et parfois même le reproduire. Le provocateur doit alors être considéré comme « **faute de la faute** », **auteur moral**, dans la participation à l'infraction.

Parce que la provocation est un comportement éminemment psychologique, nous avons vu que le juge pénal jouait un rôle important quant à la détermination de la responsabilité du provocateur et celle du provoqué.

1308. ***L'appréciation de la provocation à une imitation plurilatérale verticale.*** Premièrement, si la provocation est suivie d'effet, l'imitation plurilatérale verticale est caractérisée ; voire leur juxtaposition, si la provocation est réceptionnée à grande échelle. L'absence d'effet de la provocation n'empêche pas la sanction du provocateur, puisqu'un potentiel agir mimétique plurilatéral vertical existe. Toutefois, **toute provocation ne doit pas être sanctionnée pour ce qu'elle a semblé provoquer**. Les juges devront également vérifier d'une part, un lien de causalité objectif entre acte de provocation et acte provoqué, et d'autre part, un lien de causalité subjectif entre intention du provocateur et intention du provoqué. Et les appréciations *in abstracto* et *in concreto*, « instruments d'évaluation du comportement humain »²⁷³², permettront en matière de responsabilité, de jauger tant le comportement du provocateur que celui du provoqué.

1309. ***L'appréciation de l'acte d'imitation provoqué.*** Deuxièmement, lorsque ce dernier a été persuadé à imiter, **son libre arbitre reste intact**. Ainsi sa responsabilité pénale doit-elle être engagée. Toutefois, parce qu'on lui a soufflé l'action, le juge devra spécifiquement regarder les circonstances qui ont entourées les faits, afin d'individualiser sa peine et de

²⁷³²V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., p. 14.

permettre au mieux son amendement, insertion ou réinsertion.

1310. Etudier la provocation, lorsqu'elle conduit ou risque de conduire à influencer le provoqué et à entraîner des agirs mimétiques et des imitations comportementales particulièrement dangereux pour la société nous a permis de nous interroger sur **la compréhension, la prévention et la répression de certaines infractions**. Le législateur, comme le juge, sont amenés à apprécier la dangerosité du provoqué et derrière lui, ou plutôt au dessus de lui, celle de son provocateur.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1311. ***La compréhension de l'imitation plurilatérale verticale.*** Loin d'une définition restreinte de l'imitation, le législateur comme le juge exploitent sans le nommer le concept de ce comportement référentiel dans la caractérisation de certaines infractions dont la commission appelle plusieurs protagonistes. En outre, **le concept d'imitation propose une compréhension nouvelle de certaines infractions déterminées par deux ou plusieurs volontés**, en ouvrant la réflexion sur la responsabilité et la qualification juridique de certains agents.

1312. ***L'imitation plurilatérale horizontale.*** Plus précisément, lorsque l'imitation plurilatérale s'inscrit dans une scène infractionnelle de mimésis sociale, sa prise en compte par le droit facilite l'imputation de l'infraction et l'engagement de la responsabilité d'une pluralité d'auteurs. Il s'agit de sanctionner des coauteurs agissant volontairement la même représentation antisociale en coopérant par des actes similaires ou ressemblants. La répression de **l'imitation plurilatérale horizontale** dans la caractérisation d'une scène infractionnelle unique ne se justifie cependant que dans le cas d'une pluralité identifiable. En conséquence, le constat d'infractions commises en réunion d'une multitude d'individus impose, lorsque cela est possible, la recherche de coactions sanctionnables.

1313. ***L'imitation plurilatérale verticale.*** Par ailleurs, lorsque les agissements délictueux relèvent d'une **imitation plurilatérale verticale** par persuasion complexe, se pose la question de la responsabilité pénale du provocateur et du provoqué. Le provocateur à une imitation plurilatérale verticale engage sa responsabilité s'il est bien déterminé à « souffler » une ou des imitations. Le provoqué engage sa responsabilité s'il a fait sien le modèle créé par le provocateur.

1314. ***Proposition d'une grille de lecture des infractions d'imitation plurilatérale.*** Le concept d'imitation propose ainsi une grille de lecture pertinente de certaines infractions commises en réunion d'individus, que l'on peut qualifier d'« **infractions d'imitation plurilatérale** ».

CONCLUSION GENERALE

1315. ***D'un résultat matériel à l'imitation comportementale.*** Bien que non méconnue du droit, l'imitation est comprise traditionnellement en matière pénale comme la copie ressemblante d'une chose. Toutefois, celle-ci n'est pas à proprement parlé une notion juridique et ne fait donc pas l'objet de définition claire et précise. L'imitation est réduite à la considération d'un résultat matériel et les travaux qui la mentionnent limitent son étude aux infractions de contrefaçon en matière de monnaies, de marques ou encore de droit de la propriété intellectuelle ; ou à celles de port illégal de costume, uniforme ou décoration ressemblant à ceux portés par les fonctionnaires de police nationale ou militaire.

Cette qualification de l'imitation matérielle a pour conséquence d'entraîner des disparités de répression suivant l'objet imité et sa protection par le droit. Ainsi en droit de la propriété intellectuelle, l'imitation est une composante de l'infraction de contrefaçon alors qu'en droit pénal l'imitation est la définition-même de la contrefaçon. De plus, l'approche matérialiste de l'imitation tend à confondre résultat et comportement, et donc à en restreindre considérablement le sens et la portée. L'imitation passe par l'homme avant de générer la reproduction ou la copie d'un modèle ; c'est pourquoi nous avons entrepris de l'analyser dans son versant comportemental afin de construire le concept d'imitation en droit pénal.

1316. ***L'imitation, un agir mimétique.*** Pour cela, nous avons recouru aux apports d'autres disciplines - de la philosophie Antique aux sciences humaines et sociales – pour recueillir des éléments de compréhension du comportement d'imitation qui nous permettent de dépasser la définition habituellement retenue en droit pénal. L'imitation nous est apparue comme un processus bien plus complexe que le simple constat de la copie d'un modèle. Elle procède d'abord et avant tout de la *mimésis*, faculté de l'humain de pouvoir se représenter et représenter le monde, dont elle constitue une expression comportementale. D'où l'idée que le comportement d'imitation est un agir mimétique dont il est possible d'étudier les composantes.

Afin de rechercher si la matière pénale connaît et sanctionne le comportement d'imitation, nous avons alors proposé une définition de l'imitation comportementale et de ses éléments constitutifs.

Nous avons déterminé différents critères cumulatifs qui permettent de qualifier un comportement d'imitation :

- l'existence d'un modèle,
- une représentation de ce modèle dans l'esprit de l'imitateur,
- une intention de l'imitateur d'imiter le modèle,
- un comportement de reproduction ou de copie créant une apparence de la réalité ou de réalité,
- une aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.

Il nous a semblé opportun d'articuler la définition de l'imitation comportementale avec la notion d'apparence, telle qu'elle a été décrite par des auteurs en montrant son rôle en matière pénale. Le résultat de l'imitation comportementale est en effet la création d'une apparence, à laquelle on ne saurait cependant la réduire.

1317. ***Des imitations unilatérales et plurilatérales.*** Ce travail préalable était la condition nécessaire pour rechercher l'imitation comportementale en droit pénal ; et nous avons choisi d'étudier ce comportement dans sa dimension sociale et non réitérative, liant un modèle et un mime dissociés ou bien des imitateurs entre eux. Nous avons ainsi distingué l'**imitation unilatérale** et l'**imitation plurilatérale**.

1318. ***L'Imitation unilatérale.*** Notre analyse nous a permis une compréhension et une nouvelle lecture des infractions que nous avons qualifiées d'imitation unilatérale parce qu'elle émane de la seule volonté de l'imitateur. Ainsi les critères de l'imitation unilatérale sont bien les éléments constitutifs de certaines infractions d'usurpation et de contrefaçon.

Nous avons en premier lieu identifié des **infractions d'imitation personnelle** dont le modèle est, soit une personne, soit un personnage.

- D'une part, nous nommons « **infractions d'imitation unilatérale de personne** » plus particulièrement les infractions d'usurpation de l'identité d'autrui. Elles réclament pour leur caractérisation une appropriation volontaire et « pour soi » de données d'identification de la personne usurpée ainsi qu'une représentation minimum de celle-ci dans l'esprit de l'agent.

- D'autre part, nous appelons « **infractions d'imitation unilatérale de personnage** » les infractions d'usurpation de fonction, titre, qualité ou diplôme ou encore d'exercice illégal de professions réglementées ainsi que celles que nous avons qualifiées « d'infractions de ressemblances ». En effet, l'agent qui accomplit un acte réservé à une fonction ou à une

profession réglementée, ou encore effectue un acte qui y ressemble, agit sans droit comme un personnage habilité par l'autorité publique.

Ainsi, pour pouvoir qualifier une **infraction d'imitation unilatérale de personne ou de personnage**, il convient d'apprécier si le texte d'incrimination impose pour sa caractérisation l'utilisation de moyen utilisé par l'agent sans autorisation de fait ou de droit, alors qu'il est significatif d'un autre, qu'il s'agisse d'une personne ou d'un personnage. Tel est le cas par exemple d'une donnée identitaire, d'un acte réservé ou encore d'un titre ou d'une qualité. Si ce moyen utilisé est véritable, autrement dit, s'il est exactement celui protégé par le droit, alors l'infraction peut être qualifiée **d'imitation-reproduction de personne ou de personnage**. L'imitateur crée l'apparence d'être la personne ou le personnage. Si, en revanche, ce moyen est ressemblant, l'infraction peut être qualifiée **d'imitation-simulacre de personne ou de personnage**. L'imitateur crée l'apparence de personne ou personnage.

Pour déterminer une **infraction d'imitation unilatérale de personne ou de personnage**, il convient d'apprécier si un texte d'incrimination impose pour sa caractérisation l'utilisation d'une donnée personnelle d'autrui ou l'accomplissement d'un acte réservé, sans autorisation de fait ou de droit.

Il faut entendre par « données personnelles » celles permettant une identification de la personne et par « actes réservés » des actes représentatifs d'un statut protégé par le législateur. Si ces données ou ces actes sont véritables ou identiques, l'agent crée l'apparence illusoire d'être la personne ou le personnage imité. L'infraction peut être qualifiée **d'imitation-reproduction de personne ou de personnage**. Si, en revanche, ces données ou ces actes sont ressemblants, l'apparence illusoire est celle d'une personne non déterminée ou d'un personnage vraisemblable. L'infraction peut être qualifiée **d'imitation-simulacre de personne ou de personnage**. Dans ce cas, l'aptitude du comportement d'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public doit être appréciée par le juge afin de caractériser l'infraction.

Dans un second temps, nous avons vu qu'est plus délicate est la qualification des « **infractions d'imitation unilatérale de chose** » dont font partie les infractions de contrefaçon. En effet, celles-ci se divisent en trois catégories d'imitation : l'imitation-reproduction, l'imitation-simulacre et l'imitation-simulacre par reproduction. Ici, le critère permettant de différencier les imitations est celui de la reproduction plus ou moins parfaite de la chose. L'**imitation-reproduction** implique la reproduction totale ou partielle des éléments de la chose. L'imitateur dans ce cas, crée une apparence de la réalité, c'est-à-dire que l'objet imitant paraît

être la chose. L'**imitation-simulacre** constitue la reprise ressemblante de certains éléments de la chose, créant alors une apparence de réalité, autrement dit une chose vraisemblable. L'**imitation** peut être un **simulacre par reproduction** lorsque l'imitateur a produit un objet ressemblant en reproduisant certains éléments essentiels de la chose, créant une apparence de réalité en s'appuyant sur une apparence partielle de la réalité.

Pour qualifier une **infraction d'imitation unilatérale d'une création**, le contrefacteur doit avoir reproduit en tout ou en partie la chose, ou ses éléments essentiels et véritables. Seules **l'imitation-reproduction et l'imitation-simulacre par reproduction** de la création sont donc punies alors que l'imitation-simulacre d'une création n'est pas sanctionnée. Le législateur prévoit toutefois des exceptions, notamment lorsque l'imitateur est devenu lui-même créateur - par innovation -, en ne risquant pas de causer de méprise dans l'esprit du public. C'est le cas du caricaturiste qui assume et annonce son imitation-simulacre par reproduction. A moins que les textes ne prévoient le contraire, il n'est donc pas utile que le juge apprécie l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.

Différemment, lorsque la **chose est garante de la confiance du public**, l'imitation est prise en compte de façon large puisque les trois qualifications d'imitation sont réprimées. Par exemple, en matière de monnaie, si le résultat de l'infraction est de pouvoir remplacer le vrai par le faux, le faussaire commet soit une **imitation-reproduction**, soit une **imitation-simulacre par reproduction** selon qu'il a reproduit la monnaie en tout ou en partie, ou ses éléments essentiels. Il sera sanctionné pour contrefaçon. L'imitation sera **simulacre** si l'agent ne reproduit que des éléments ressemblants de la monnaie, l'« infraction de ressemblance » s'appliquera.

Quel que soit le modèle de l'imitation, dès lors que l'imitateur crée une apparence de la réalité, aussi partielle soit-elle, par reproduction ou simulacre, le risque de causer une méprise dans l'esprit du public doit être présumé de manière irréfragable, à moins que, expressément, le législateur en décide autrement. Il en est ainsi en matière de marque : l'infraction de contrefaçon relevant d'une imitation-simulacre par reproduction impose la recherche d'un risque de méprise dans l'esprit du public.

1319. ***L'Imitation plurilatérale.*** La seconde partie de notre recherche nous a engagé dans une analyse de l'imitation comportementale en droit pénal, lorsqu'elle est l'expression d'une mimésis sociale. Elle peut en ce cas être qualifiée d'**imitation plurilatérale** parce qu'elle est sous-tendue par la volonté d'au moins deux individus.

Ses critères conceptuels ne sont pas des éléments constitutifs d'infractions. Toutefois son étude nous a permis une lecture nouvelle et une compréhension des infractions commises par une pluralité ou une multitude d'individus. Les relations qu'entretiennent les individus composant des groupes sociaux variant suivant la nature de la situation communicative, nous avons pu distinguer l'imitation plurilatérale horizontale et verticale selon la présence ou non d'un rapport de hiérarchie. Et il semble que le droit prenne parfois la mesure de l'imitation plurilatérale dans le mode d'imputation de coaction, même si le concept d'imitation questionne et laisse ouverte la réflexion sur la responsabilité de certains provocateurs à l'infraction.

- D'une part, **l'imitation plurilatérale peut être horizontale** dans le sens où elle n'implique aucun rapport de hiérarchie entre les individus. Entendue comme l'expression comportementale d'un agir mimétique entre pairs, elle nous a autorisé notamment à justifier la théorie de la scène unique de violences, en écartant celle de la complicité corespective. La coaction peut être appréciée comme un mode d'imputation qui prend en compte sinon une imitation plurilatérale du moins un agir mimétique par lesquels des coauteurs coopèrent volontairement ensemble, en référence à la même représentation antisociale, par des actes identiques ou ressemblants, tournés vers une même détermination commune.

- D'autre part, lorsque l'imitation est le fait d'une provocation par persuasion que nous avons nommée **complexe**, elle est une **imitation plurilatérale verticale**. L'agent qui persuade ou qui tente de persuader à commettre une infraction crée et communique la représentation d'un modèle illicite qui risque fortement d'être reçue et suivie par d'autres. Lorsque cette provocation a une influence suffisante, elle risque de conduire à un ou plusieurs **agirs mimétiques verticaux** – les imitateurs reproduisant les actes commis ou suggérés par le provocateur - voire des **agirs mimétiques horizontaux** - lorsque par contagion les imitateurs deviennent des modèles les uns pour les autres. Se pose alors la question de l'intérêt à pouvoir engager la responsabilité pénale du provocateur en tant qu'auteur moral, et non simplement comme complice de l'infraction provoquée, comme il est actuellement admis en droit pénal. Il ne s'agit pas cependant d'exonérer ou d'atténuer la responsabilité du ou des provoqués qui, font volontairement de l'image mentale illicite créé par le provocateur leur nouveau modèle à suivre.

1320. *Une définition de l'imitation comportementale illicite.* Nos recherches nous ont ainsi amené à une nouvelle lecture du droit pénal en référence du concept d'imitation. Si cette étude ne prétend pas à l'exhaustivité, les critères de l'imitation que nous avons établis permettent

indéniablement, selon nous, de qualifier un crime, un délit ou une contravention d'infraction d'imitation.

Nous pouvons désormais définir l'imitation comportementale comme **le fait de reproduire ou de simuler un modèle personnel ou matériel par l'appropriation d'une donnée ou l'utilisation d'un moyen, véritable ou ressemblant, représentant le modèle.**

Toutefois toute imitation n'a pas à être sanctionnée. D'une part, elle doit porter atteinte à un objet de protection du droit. De plus imiter un modèle par l'utilisation ou l'appropriation d'un élément non-significatif de celui-ci ne crée pas une apparence illusoire risquant de tromper le public. L'individu est perçu par ces différents **masques**, qui peuvent être pris pour modèle et imités, mais tous ne le représentent pas en tant que personne. De même, toute chose admet des caractères de forme, de matière ou d'usage, mais tous ne sont pas des caractéristiques distinctives de l'objet.

Aussi le droit pénal limite-t-il la répression du comportement d'imitation à la seule reproduction ou au seul simulacre d'un modèle risquant de causer une méprise dans l'esprit du public.

1321. ***Autres constatations.*** Grâce à ce travail, nous aurons aussi compris que certains textes d'incrimination, s'ils permettent de sanctionner des imitations, n'ont pas pour éléments constitutifs les critères de ce comportement référentiel. Le faux ou encore l'escroquerie punissent un mensonge sur le nom et non l'appropriation de l'identité d'un autre. De même, l'utilisation illicite de données de nature permettant l'identification d'une personne peut être sanctionnée sans pour autant caractériser une appropriation personnelle par l'agent.

Mieux encore nous aurons conduit à réfléchir sur l'opportunité d'une nouvelle rédaction d'un texte d'incrimination en matière de faux artistiques. Nos réflexions relatives au provocateur manipulateur nous aurons amené enfin à nous interroger sur l'utilité d'un nouveau mode d'imputation à l'égard de l'instigateur par provocation d'une infraction.

1322. Le concept d'imitation que nous avons élaboré nous apparaît pouvoir dépasser les frontières du droit pénal et viser à s'étendre à d'autres branches, qui pourraient bénéficier d'une nouvelle interprétation en référence à ce concept et dans son prolongement.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, THESES ET MONOGRAPHIES

A. OUVRAGES JURIDIQUES

ABDOUL SEOUL H. M., *La provocation par la voie de la presse en droit français et en droit égyptien*, thèse Paris, 1949.

ALIX J., *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2010.

ALLIX D., *Essai sur la coaction : Contribution à la genèse d'une notion prétorienne*, Paris, LGDJ, 1976.

ANDRE L., *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles, Bruylant, Paris, 1899.

ARNETTE R., *La liberté de réunion en France : son histoire et sa législation*, thèse Paris, 1894.

BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, Paris, Cujas, 1966.

BEIGNIER B., *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, 1992.

BEIGNIER B., B. DE LAMY B. et DREYER E., *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009.

BEKAERT H., *Théorie générale de l'excuse en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1957.

BERGE J.-S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1996.

BERNARDINI R., *Droit pénal général*, Paris, Gualino, 2003.

BERNAULT C. et CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, 2^{ème} éd., 2015.

BLANCHARD C., *La dispense en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 2010.

BLANCHE A., *Études pratiques sur le Code pénal*, Paris, Cosse et Marchal, T. III, 1888.

- BON P.-A., *La causalité en droit pénal*, Paris, LGDJ, 2006.
- BONIS-GARCON E., *Droit de la peine*, Paris, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015.
- BOULAN F., *La provocation, problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 1989.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 24^{ème} éd., 2015.
- BOUVEL A., *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Paris, Litec, 2004.
- BOSC O., *La foule criminelle : politique et criminalité dans l'Europe du tournant du XIX^{ème} siècle*, Paris, Fayard, 2007.
- BRIARD M., *Affect et responsabilité dans la famille : approche technique et philosophique*, thèse Bordeaux, 2015.
- BRISSOT DE WARVILLE J.-P., *Théorie des lois criminelles*, Paris, Alphonse Picard et Fils, vol. I, 1754-1784.
- BURNIER D., *La notion d'invention en droit européen des brevets*, Genève, Comparativa, 1981.
- CALAIS-AULOY J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse Paris, 1959.
- CARNOT J.-F.-C., *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, 2^{ème} éd., 1836.
- CHASSAN J.-P., *Traité des délits et contraventions de la parole et de la presse*, Videcoq et Reiffinger, 2^{ème} éd., 1846.
- CHAUVEAU A., HELIE F., *Théorie du code pénal*, Paris, Legrand et Descauriet, 3^{ème} éd., 1837.
- CHAVANNE A., BURST J.-J., AZEMA J. et GALLOUX J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2012.
- CHAVENT A.-S., *La proportionnalité en droit pénal général*, thèse Lyon III, 2002.
- CHEN C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris, LGDJ, 2000.
- CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne, 1985.
- CHUNG C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris, LGDJ, 2000.

- COLOMBET Cl., *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1999.
- CONTE Ph., *L'apparence en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1984.
- CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, Paris : LexisNexis, 5^{ème} éd., 2016
- CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd. 2007.
- CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Procédure pénale*, Paris, Colin, 4^{ème} éd., 2002.
- COPPER-ROYER E., *L'art et la loi : traité des questions juridiques se référant aux artistes et aux amateurs, éditeurs et marchands d'œuvres d'art*, Paris, Heymann, 1903.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11^{ème} ed. 2016.
- CORNU G., *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1997.
- CORNU G., *Droit civil : les personnes*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007.
- DALLOZ M., *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, thèse Nice, 2002,
- DARSONVILLE A., *Les situations de dépendance entre infractions*, thèse Paris II, 2006
- DARSONVILLE A., *Les situations de dépendance entre infractions : Essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2006.
- DECIMA O., *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008.
- DECOCQ A., *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 1971.
- DECOCQ A., J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1998.
- DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Paris, Dalloz, 2006.
- DE LAFORCADE A. K., *Les condamnations à de courts peines d'emprisonnement*, thèse Paris II, 2010.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Paris, Sirey, 1943.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 1947.

DORSNER-DOLIVET A., *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Paris, LGDJ, 1986.

DREYER E., *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 4^{ème} éd. 2016.

DUPUY J., *La provocation et le droit pénal*, thèse Limoges, 1978.

DURAND F., *L'apparence en droit fiscal*, Paris, LGDJ, 2009.

FABREGUETTES M. P., *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste : Etude philosophique et juridique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1895.

FILLION B., *La responsabilité pénale de l'instigateur*, thèse Paris II, 1979.

FRANCON A., *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, Litec, 1999.

GARCON E., *Code pénal annoté*, Paris, Sirey, 1959.

GAROFALO R., *La Criminologie*, Paris, Alcan, 1890.

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 15^{ème} éd., 1935.

GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., t. 3, 1935.

GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., t. 1, 1916.

GASSIN R., CIMAMONTI (S.) et BONFILS Ph., *Criminologie*, Paris, Dalloz, 7^{ème} ed., 2011.

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2015.

GREFFE F., *Traité des dessins et des modèles : France, Union européenne, Suisse*, Paris, Litec, 6^{ème} éd., 2000.

- G'SELL-MACREZ F., *Recherches sur la notion de causalité*, thèse Paris I, 2005.
- GUEDON J.-P., *Criminalité organisée et droit pénal*, thèse Paris I, 2002
- GUTMANN D., *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000.
- HUET M., *Le droit de l'architecture*, Paris, Economica, 1985.
- HAURIOU M., *Leçons sur le mouvement social donnée à Toulouse en 1898*, Paris, Larose, 1899.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, LGDJ, 11^{ème} éd., 1927.
- ITEANU O., *L'identité numérique en question*, Paris, Eyrolles, 2008.
- JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005.
- JOBARD-BACHELIER M-N., *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, thèse Paris I, 1984.
- JOUSSE M., *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure, 1771.
- KASTELANIEC DE LAFORCADE A., *Les condamnations à de courtes peines d'emprisonnement*, thèse Paris II, 2010.
- LALIGANT O., *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales*, Paris, LGDJ, 1983.
- LAMBERT B., *La nature juridique des programmes d'ordinateurs*, thèse Paris, 1969.
- LAMBERT L., *Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales*, Paris, Police-revue, 1968.
- LARGUIER J., CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 22^{ème} éd., 2014.
- LEBRETON, *De la provocation aux crimes et délits dans ses rapports avec les lois sur la presse*, thèse Rennes, 1901.
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 8^{ème} éd., 2009.
- LUCAS A., *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015.

LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris, PUF, 2001.

LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002.

LUCAS A. et LUCAS H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 2012

MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2015.

MARCELLIN Y., *Protection pénale de la propriété intellectuelle*, Paris, Cedat, 1996.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2015.

MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, Lyon, L'Hermès, 1979.

MAYAUD Y., *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Coll. Dalloz Référence, Dalloz, 2003.

MERLE R., *La pénitence et la peine : théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, Cujas, 1985.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} éd., t. 1, 1997.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris : Cujas, t. 2, 2001.

MERLIN M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 4^{ème} éd., t. 1, 1812.

MOUSSERON J. M., *Le droit du breveté d'invention. Contribution à une analyse objective*, thèse Montpellier, 1961.

MOUSTAFA M. O., *L'auteur de l'infraction*, thèse Paris, 1958.

ORTOLAN M., *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, t. 1, 3^{ème} éd., 1863.

PANSIER F. J., *La peine et le droit*, Paris, PUF, 1994.

PASSA J., *Droit de la propriété industrielle : Brevets d'invention et protections voisines*, Paris, LGDJ, t. 2, 2013.

PASSA J., *Droit de la propriété industrielle : Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, Paris, LGDJ t. 1, 2^{ème} éd., 2009.

PARDO F., *Le groupe en droit pénal. Des foules criminelles au crime organisé : Contribution à l'étude des groupes criminels*, thèse Nice, 2007.

PAYENNE J., *L'auteur moral de l'infraction*, thèse Bordeaux IV, 2001.

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002.

POCHON A., *L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur*, thèse Caen, 1945.

POLLAUD-DULIAN F., *La propriété industrielle*, Paris, Economica, 2010.

POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 2014.

PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2001.

PONSEILLE A., *L'infraction de prévention en droit pénal français*, thèse Montpellier, 2001.

PORTOLANO D., *Essai d'une théorie générale de la provocation*, Paris, LGDJ, 2012.

POUILLET E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Marchal, Billard, 2^{ème} éd., 1884

PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 16^{ème} éd., 2006.

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002.

PUECH M., *Les grands arrêts du droit criminel*, Paris, Cujas, 1976.

QUEZAL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, thèse Savoie, 2008.

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 1999.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2014.

RAUTER J.-F., *Traité théorique et pratique de droit criminel français*, Paris, Hingray, 1836.

- ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2005.
- ROBERT J., *Libertés publiques, la liberté de se réunir*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1990.
- ROLLAND DE VILLARGUES J.-J., *Les codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine*, Paris, Plon, 2^{ème} éd., 1864.
- ROUJOU DE BOUBÉE G., *Code pénal commenté*, Paris, Dalloz, 1996.
- ROUJOU DE BOUBÉE G., BOULOC B., FRANCILLON J. et MAYAUD Y., *Code pénal commenté*, Paris, Dalloz, 1996.
- ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952.
- ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 2009.
- ROUSVOAL, *L'infraction composite. Essai sur la complexité en droit pénal*, thèse Rennes, 2011.
- SAINT-PAU J.-C., *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux, 1998.
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 3^{ème} éd., 1927.
- SCHMELCK R. et PICCA G., *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1967.
- SERNA M., *L'image des personnes et des biens*, Paris, Economica, 1997.
- SUTHERLAND E. H., *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 1966
- TAFFOREAU P. et MONNERIE C., *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Lextenso, 4^{ème} éd., 2015.
- TERRE F. et SIMLER Ph., *Droit civil, les biens*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 1992.
- TREFINGY P., *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000.
- TRIGEAUD J.-M., *Justice et Tolérance*, Bordeaux : Bière, 1997.
- TRIGEAUD J.-M., *L'homme Coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bordeaux, Bière, 1999.
- TRIGEAUD J.-M., *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, Bière, 1995.

TRIGEAUD J.-M., *Métaphysique personnaliste*, Bordeaux : Éditions Bière, 2017

TRIGEAUD J.-M., *Personne, Droit et Existence*, Bordeaux, Bière, 2009.

TSARPALAS A., *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, 1967, n° 112.

VALETTE-ERCOLE V., *La personne mise en cause en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002.

VERNY. E., *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, LGDJ, 2002.

VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de Droit pénal et de science pénitentiaire*, Paris, Rousseau, 1947.

VIVANT M., *Le droit des brevets*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005.

VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.

TOUBOL F., *Le logiciel. Analyse juridique*, thèse Paris, 1986.

TREFIGNY P., *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000.

WEISS J.-P., *L'apparence en droit administratif français*, thèse Lille, 2010.

B. OUVRAGES NON-JURIDIQUES

ABGRALL J.-M., *La mécanique des sectes*, Paris, Payot, 1996.

ABGRALL J.-M., *Tous manipulés tous manipulateurs*, Paris, éd. Générales First, 2003.

ALLPORT F. H., *The Influence of the Group Upon Association and Thought. in Small groups: studies in social interaction*, Ed. A. Paul Hare, Edgar F. Borgatta, Robert F. Bales, New York, 1962

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1980.

ARISTOTE, *La Métaphysique*, trad. A. PIERRON, C. ZEVORT, Paris, Ebrard, Joubert, 1840.

ARISTOTE, *Poétique et Rhétorique*, trad. C.-E. RUELLE, Paris, Garnier Frères, 1922

BANDURA A., *Psychological modeling: Conflicting theories*, Chicago, Aldine-Atherton, 1971.

BANDURA A., *L'apprentissage social*, trad. J.-A. RONDAL, Bruxelles, Mardaga, 1980.

BLOCH H., CHEMANA R., DEPRET E., et al., *Grand dictionnaire de la psychologie*, Paris, Larousse, 1999.

BORDIER A., *La vie en société*, Paris, C. Reinwald, 1888.

BORN M., *Psychologie de la délinquance*, Bruxelles, De Boeck, 2005.

BOUCHET J., CHANTON O., KRELL V., MAZE, RIC F. et RICHARD G., *Psychologie sociale, l'individu et le groupe*, Paris, Bréal, 1996.

BOULGAKOV S. N., *La philosophie du verbe et du nom*, Lausanne : L'Âge d'homme, 1991.

CARFANTAN S., *Quelques leçons d'esthétique : philosophie et spiritualité*, Paris, Nouvelles leçons de philosophie, 2014

CASSIER E., *La philosophie des formes symboliques*, Paris, Minuit, 1972.

CHRYSTOSTOME QUATRIEME A. dit DE QUINCY, *Essai sur la nature, le but et les moyens de l'imitation dans les beaux-arts*, Paris, Treuttel et Würtz, 1823.

CIALDINI R.B., *Influence et manipulation*, Paris, First, 1990.

CLARK R. E., *Reference group theory and delinquency*, New York, Behavioral Publications, 1972

DE HEUSCH L., *Le Sacrifice dans les religions africaines*, Paris, Gallimard, 1986.

DESCARTES R., *Les principes de la philosophie*, Paris, Prault, 1651.

DIOGENE LAERCE, *Vies et doctrines des philosophes illustres*, trad. M.-O. GOULET-CAZE, Paris : Garnier frères, 1933.

DORE F. et MERCIER P., *Les fondements de l'apprentissage et de la cognition*, Paris, G. Morin, 1992.

EBRARD N., *Le suicide considéré au point de vue médical, philosophique, religieux et social*, 1870 rééd. Hachette, 2013

ERIKSON E. H., *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris, Flammarion, 1978.

ERTZSCHEID O., *Qu'est-ce que l'identité numérique ? Enjeux, outils et méthodologies*, Marseille, OpenEdition Press, 2013.

FAUCONNET P., *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1920.

FAVRE P., *La manifestation*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1990.

FERRI E., *La sociologie criminelle*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004.

FIZE M., *Les bandes, L'entre soi adolescent*, Paris, Desclée de Brouwer, 1993.

FREUD S., *L'identification : l'autre, c'est moi*, Paris, Tchou, 1994.

GARNIER M. et DELAMARE F., *Dictionnaire des termes techniques de médecine*, Paris, Maloine, 21^{ème} éd., 1985.

GEBAUER G., WULF C., *Mimesis : culture, art, société*, Paris, Les Editions du Cerf, 2005.

GÉRANDO J.-M., *Du perfectionnement moral, ou de l'éducation de soi-même*, Bruxelles, Hauman, t. 4, 8^{ème} éd., 1844.

GIRARD R., *Le bouc émissaire*, Paris, Librairie générale française, 1986.

GIRARD R., *La violence et le sacré*, Paris : Hachette, 1983.

HALPERN C., *Identités : l'individu, le groupe, la société*, Auxerre, éd. Sciences humaines, 2009.

JEANNEROD M., *La fabrique des idées*, Paris, Odile Jacob, 2001.

JOLLY P., *De l'imitation dans l'union médicale*, Paris, 1869

KANT E., *Critique de la raison pure*, Paris, Germer-Baillière, t. 2, 1869.

KELLEY H., *Deux fonctions des groupes de référence*, Paris, Dunod, 1952.

KERCKHOFF C. et BACK K. W., *The June Bud. A study of hysterical Contagion*, New-York, Appleton-Century-Crofts, 1968.

LAPLANCHE J. et PONTALIS J.-B., *Vocabulaire de la psychanalyse*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 2007.

- LE BON G., *Psychologie des foules*, Paris, Edition Félix Alcan, 9^{ème} éd., 1905.
- LEYRIE J., *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique*, Paris, J. Vrin, 1977.
- LOMBROSO C., *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique. Etude anthropologique et médico-légale*, Paris : F. Alcan, 1895.
- MAINE DE BIRAN M.-F.-P., *Influence de l'habitude sur la faculté de penser*, Paris, Henriches, 1803.
- MAINE DE BIRAN M.-F.-P., *Mémoires sur l'influence de l'habitude*, Paris, Vrin Librairie philosophique, 1987.
- MAISONNEUVE J., *La dynamique des groupes*, PUF, 13^{ème} éd., 1999.
- MALRAUX A., *Saturne : le destin, l'art et Goya*, Paris, Gallimard, 1978.
- MAXWELL J., *Le crime et la société*, Paris, Flammarion, 1920.
- MEMMI A., *La dépendance*, Paris, Gallimard, 1979.
- NADEL J., *Imiter pour découvrir l'humain*, Paris, PUF, 2002.
- NADEL J., *Imiter pour grandir, Développement du bébé et de l'enfant avec autisme*, Paris, Dunod, 2011.
- PERRET C., *Les porteurs d'ombre. Mimesis et modernité*, Paris, Belin, 2001.
- PIAGET J., *Les théories de l'imitation*, Suisse, S. éd., 1935.
- PIAGET P., *La formation du symbole chez l'enfant*, Paris, Delachaux et Niestlé, 8^{ème} éd., 1994.
- PIAGET J., *La construction du réel chez l'enfant*, Lausanne, Delachaux et Niestlé, 6^{ème} éd., 1998.
- PIAGET J. et INHELDER B., *La psychologie de l'enfant*, Paris, PUF, 19^{ème} éd., 2003.
- PIEROBON F., *Kant et les mathématiques : la conception kantienne des mathématiques*, Paris, Vrin, 2003.
- PLATON, *Cratyle*, in *Oeuvres de Platon*, trad. V. COUSIN, t. XI, Paris, Rey et Gravier, 1837.
- PLATON, *La République*, in *Oeuvres de Platon*, trad. V. COUSIN, t. X, Paris, Rey et Gravier, 1837.

PLATON, *Le sophiste*, in *Oeuvres de Platon*, trad. V. COUSIN, t. XI, Paris, Rey et Gravier, 1837.

PLATON, *La République*, trad. R. BACCOU, Paris, Garnier Frères, 1950.

POLTI G., *Les trente six situations dramatiques*, Paris, 1924 rééd. Nouveau monde, 2006.

PREPIN K., *Développement et modélisation de capacités d'interactions homme-robots : L'imitation comme modèle de communication*, Paris, Ken Prepin, 2008.

REGNAULT-ROGER C., *Produits de protection des lantes : Innovation et sécurité pour une agriculture durable*, Paris, Tec & Doc Lavoisier, 2014.

RICOEUR P., *Temps et récit*, Paris, Seuil, t. 1, 1983.

RIZZOLATTI G., *Les neurones miroirs*, Paris, Sciences, 2007.

ROMEYER-DHERBEY G., *Les choses mêmes : la pensée du réel chez Aristote*, Lausanne, L'Age d'Homme, 1983.

ROSSI P., *Les suggesteurs et la foule, Psychologie des meneurs*, Paris, A. Michalon, 1904.

SIGHELE S., *La foule criminelle, Essai de psychologie collective*, Paris, Félix, 2^{ème} éd., 1901.

SIGHELE S., *Le crime à deux, Essai de psychologie morbide*, Paris, Masson, 2^{ème} éd., 1893

SHAW M. E., *Group Dynamics, The Psychology of Small Group Behavior*, New-York, McGraw-Hill, 1971, p. 414.

SHERIF M., SHERIF C. W., *An Outline of Social Psychology*, Oxford, Harper & Brothers, 1956.

SOURNIA J.-C., *Histoire du diagnostic en médecine*, Paris, éd. de la Santé, 1995.

SPINOZA B., *Éthique*, Paris, Flammarion, 1993.

SUTHERLAND E. H., *Le voleur professionnel. D'après le récit d'un voleur de profession*, Paris, SPES, 1937.

TARDE G., *Essais et mélanges sociologiques*, Lyon, Stock, 1895.

TARDE G., *L'opinion et la foule*, Paris, PUF, 1989.

TARDE G., *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 4^{ème} éd., 1972.

TARDE G., *Les lois de l'imitation*, Réimpression, Paris : Editions Kimé, 1993, p. 367

TARDE G., *Le type criminel*, Revue d'Histoire des Sciences Humaines, 2000, vol. n° 3, n° 2.

TARTAKOWSKY D., *La manifestation*, Paris, Presses de Sciences Politiques, 2^{ème} éd., 2013.

TEULE J., *Mangez-le si vous voulez*, Paris, Julliard Pocket, 2009.

TURNER J. C., *Autocatégorisation et influence sociale, Relations humaines, groupes et influence sociale*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995.

VIOT V., *Prévention et répression de la criminalité des foules*, Nancy, Imprimerie Georges Thomas, 1936.

VON GOOETHE J.W., *Vérité et Poésie*, Hachette, 1862.

WULF C., *Penser les pratiques sociales comme rituels : ethnographie et genèse de communautés*, Paris, L'Harmattan, 2004.

WULF C., *L'anthropologie de l'homme mondialisé : histoire et concepts*, Paris, CNRS éditions, 2013.

ZAJONC R., *Psychologie sociale expérimentale*, Paris, Dunod, 1972.

II. ARTICLES, CHRONIQUES ET ENTREES D'ENCYCLOPEDIE

A. ARTICLES JURIDIQUES

ALIX J., *Terrorisme*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

ANGEVIN H., *Circonstances aggravantes définies par le code pénal*, J.-Cl. Pénal fasc. 20.

ALLEAUME C., *L'originalité serait-elle synonyme d'arbitraire ? Brèves remarques à propos du refus de protection d'un dictionnaire par le droit d'auteur*, LPA, 22 août 2002, n° 168.

AUDIER J., *Le biais de la peine justifiée*, RSC, 1978, p. 553.

AUVRET P., *Injure*, J.-Cl. Communication, 2008, fasc. 3140.

AUVRET P., *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP G, 1999, I, 108.

BADINTER R., *Le droit au respect de la vie privée*, JCP G, 1968, I, 2136.

BAIGUN D., *Les délits de mise en danger. Rapport de l'Argentine*, Actes du colloque préparatoire du X^{ème} Congrès international de droit pénal, RIDP, 1969, p. 33.

BARDHELE H., *Théorie des équivalents et harmonisation du droit des brevets*, RDPI, 1993, n° 49.

BEAUSSONIE G., *Protection pénale de la vie privée*, J.-Cl. Communication, fasc. 56.

BENEJAT M., *Les droits sur les données personnelles*, in *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013.

BERNARDINI R., *Légitime défense*, Rép. pén., 2014.

BERTRAND A. R., *Droits de l'auteur*, Chapitre 106, Dalloz action, 2010.

BIGUNET J., *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et provocation*, Dr. pén., 2001, chron., n° 10.

BONET G., *Droit national de marque et application du Traité de Rome - Libre concurrence - Libre circulation des marchandises*, J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, fasc. 7600

BONFILS Ph., *Le pseudonyme entre personnalité et propriété : un signe distinctif en quête de statut*, D. 2000.

BONIS-GARCON E., *Individualisation des peines : Motivation de la décision prononçant une peine d'amende*, Dr. Pén. n° 4, 2017, comm. 69.

BONNARD H. et BLORET-PUCC G. I., *Contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de service*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 20.

BOULOC B., *Faux spéciaux - Attestation ou certificat inexact. Établissement et usage. Éléments constitutifs. Signature. Nécessité*, RTD com. 2000.

BOUZAT P., *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique*, RIDA, 1972.

BOUZON-ROULLE A., *Uniforme - Costume*, Rép. pén., 2014, n° 1.

CARBONNIER J., *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal*, JCP G, 1952, I, n° 1034.

CARREAU D., *Monnaie*, Rép. droit international, 2017, n° 5.

CÉRÉ J.-P., *Les nouvelles règles pénitentiaires européennes. Vers une protection globale des droits des détenus*, RPDP, 2006, p. 415.

CERE J.-P., *Peine (Nature et prononcé)*, Rép. pén., 2008, n° 3.

COLLET A., *Insurrection*, Rép. pén., 2001, n°1.

COLETTE-BASECQZ N., *La théorie de l'emprunt de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense*, JLMB, 2005, p. 1564.

CONTE Ph., *Droits de l'homme et droit pénal : l'exemple du droit à la dignité et de la répression du racisme* », RIDC, 1995, p. 59.

CONTE Ph., *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?*, Dr. pén. 2009, étude 13.

CONTE Ph. et JEANDIDIER W., *Infractions relatives au commissariat aux comptes et au commissariat aux apports*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 110.

COURTIN C., *Contravention*, Rép. pén., 2010, n° 331.

DAVERAT X., *Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques*, JCP G, 1995, n° 9.

DAVERAT X., *Le nom de l'auteur d'une œuvre de l'esprit et de l'artiste-interprète*, Droit et Patrimoine, oct. 2013, n° 229.

DAVID-MENARD M. et GILDA NICOLAU, *Vers une subjectivisation de l'identité*, in *L'identité juridique de la personne humaine*, Paris, l'Harmattan, 2013, p. 5.

DAURY-FAUVEAU M., *Propriété industrielle, Synthèse*, J.-Cl. Pénal des affaires, 2017.

DEBOVE F., *Vers un droit pénal de la criminalité organisée*, LPA, 12 novembre 2002.

DECAUX E., *La convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants*, Annuaire français de droit international, vol. 34, 1988, p. 618.

DECOCQ A., *Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance*, JCP G, 1983, I, 3124, n° 16.

DE KORODI F., *Presse : plus d'excuse de provocation pour les injures raciales ni « homophobes »*, Dr. pén., n° 6, 2017, entretien n°2.

DEFFERRARD F., *La provocation*, RSC, 2002, p. 240.

DEGUERGUE M., *Causalité et imputabilité*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 370-60.

DELALANDE D., *L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle in L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013.

DE LAMY B., *La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, D. 2004, p. 1910.

DELBOS, *Droit de réunion*, Rép. Pén., 2014, n° 65.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Sur la notion de faux intellectuel en droit pénal français*, RSC 1941, p. 273.

DRÉAN-RIVETTE I., *L'article 132-24, alinéa 2 : une perte d'intelligibilité de la loi pénale ?*, AJ pénal 2006, p. 117.

DREUILLE J.-F., *Manifestations et réunions publiques*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

DREUILLE J.-F., *Attroupements*, J.-Cl. Pénal, 2017, fasc. 20.

DREYER E., *Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique - Eléments constitutifs. Sanctions*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 30.

DREYER E., *Image des personnes*, J.-Cl. Communication, 2015, fasc. 40.

DREYER E., *La causalité directe de l'infraction*, Dr. pén. 2007, étude 9, n° 14.

DREYER E., *La protection pénale du droit moral de l'auteur*, Com. com. élect. n° 9, septembre 2007.

DREYER E., *Panorama de droit de la presse*, D. 2015, n° 9, p. 347

DREYER E., *Trompe-l'œil sur la fraude artistique*, D. 2001, n° 7, p. 541.

DREYER E., *Usurpation d'identité : il n'y a pas délit si l'abuseur était le premier abusé*, Gaz. Pal., 2016, n°16, p. 59.

DUPEYRON Ch., *L'infraction collective*, RSC, 1973, p. 357.

ESMEIN P., *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, chron. p. 205.

FAUGERON C. et LE BOULAIRE J.-M., *Prisons, peine de prison et ordre public*, RF sociol. 1992, n°3.

FIALAIRE J., *Police des réunions et manifestations*, J.-Cl. Adm., fasc. 210.

FILLIEULE O. et D. TARTAKOWSKY, *La manifestation*, Paris, Presses de Sciences Politiques, 2^{ème} éd., 2013, p. 16.

FOURMENT F., *La notion de manifestation*, Gaz. Pal., 2017, n°4, p. 67.

FOURNIER S., *Le nouveau code pénal et le droit de la complicité*, RSC, 1995, p. 25.

FRANCILLON J., *Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique. L'affaire du « faux site officiel » de Rachida Dati : une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance*, RSC, 2015, p. 54.

FRANCON A., *Les sanctions pénales de la violation du droit moral* in Mél. J.-J. BURST, Paris, Litec, 1997, p. 171.

GALLOIS A., *Contraventions contre la nation, l'état ou la paix publique - Usurpation de fonction ou de titre de délégué ou de médiateur du procureur de la République*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

GASSIN R., *Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français*, RSC, 1996, p. 155.

GENDREAU Y., *Le critère de fixation*, RIDA, 1998, vol. 159, p. 111.

GEORGES F., *Les composantes de l'identité dans le web 2.0 : une étude sémiotique et statistique. Hypostase de l'immédiateté*, in *Communication au 76^{ème} congrès de l'ACFAS : Web participatif, mutation de la communication ?*, Centre des congrès, Québec, Mai 2008.

GIMALAC L., *La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels*, LPA, 20 décembre 2002, n° 254, p. 11.

GIRAULT C., *Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle*, RSC, 1998.

GIRAULT C., *Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice*, D. 2008, chron. n° 25, p. 1714.

GOBERT M., *La connexité dans la procédure pénale française* : JCP G, 1961, I, 1607.

GONNARD J.-M., *Violences*, J.-Cl. Pénal, fasc. 10.

HENAFF P., *Faux artistique – les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistique*, Comm. com. électr., 2006, étude 5, n°15.

HUET-WEILLER D., *La protection juridique de la voix humaine*, RTD civ., 1982, p. 497.

JEGOUZO Y., *Le président de l'université*, AJDA, 1996, p. 826.

JULIEN J., *Histoires de robe...*, Gaz. Pal., 2004, n° 76.

KOPHLER J., *Les fraudes en matière artistique et la loi du 9 février 1895* in *Le droit D'auteur, organe officiel du bureau d'auteur de l'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, janvier 1896, p. 11.

LACROIX C., *Usurpation de titres ou de fonctions*, Rép. pén., 2009.

LAMBERT P., *La fin annoncée de la théorie de l'emprunt de criminalité ?*, JT, 2005, p. 561.

LARGUIER J., *Homicide et blessures commis en groupe, crime impossible et présomption de participation ou de causalité*, RSC, 1973, p. 879.

LASALLE J.-Y., *Provocation*, Rep. pénal, 2016, n° 1.

LÉAUTÉ J., *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, D. 1981, chron. 295.

LEGAL A., *La complicité d'une circonstance aggravante*, RSC 1963, p. 102.

LEPAGE A., *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, JCP G, 2011, p. 913, n° 8.

LEPAGE A., *Usurpation d'identité caractérisée par la création d'un faux site Internet*, Comm. com. électr. 2017, comm. n°6.

LE STANC C. et VIGAND P., *La contrefaçon partielle de brevet* in Mél. BURST J.-J., Paris, Litec, 1997, p. 300.

LORHO G., *Usurpation d'état civil*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit d'auteur - La contrefaçon artistique : état des lieux*, Comm. com. électr. n°2, février 2011, étude 3.

MALABAT V., *Le faux*, Rép. pén., 2004, n° 2.

MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C., *Le droit pénal général du sang contaminé*, Dr. Pénal, 2004, chron. n° 2.

MALLET-POUJOL N., *De la liberté de la caricature*, Légipresse 2006, n° 229, I.

MARIE C., *Nom - usage et protection du nom*, J.-Cl. Civil, fasc. 55.

MARTIN J.-P., *Contrefaçon de brevet, partielle ou à part entière ?*, JCP E, 1989, n° 40.

MASCALA C., *Escroquerie*, Rép. pén., 2016, n° 37.

MATTATIA F., *L'usurpation d'identité sur internet dans tous ses états*, RSC, 2014, p. 393.

MAYAUD Y., *La réponse du droit pénal aux actions collectives d'intimidation : les violences volontaires en réunion*, RSC, 2006, p.69.

MAYAUD Y., *Le délit d'abus de faiblesse, une infraction « continuée »*, RSC, 2004, p. 881.

MAYAUD Y., *Les fautes conjuguées, une notion originale aux effets limités*, RSC.

MAYAUD Y., *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RID pén. 1997, p. 793.

MAYAUD Y., *Meurtre*, Rép. Pén. Dalloz, n°64.

MAYAUD Y., *Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ?*, in Mél. DECOCQ A., Paris, Litec, 2004

MAYAUD Y., *Un attendu de principe pour le délit d'usurpation d'identité*, RSC, 2016.

MERCADAL B., *Recherches sur l'intention en droit pénal*, RSC, 1967, p. 40.

MESA R., *De la qualification criminelle de la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme*, Gaz. Pal., 2016, n° 41, p. 24

MOURON P., *L'identité virtuelle et le droit sur l'identité*, RLDI n° 64, octobre 2010, p. 58.

MURBACH-VIBERT M., *Manifestations*, Rép. pén., 2016, n° 50.

NIORE, *D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conforme à la constitution : la résurrection...*, Gaz. Pal. 2010, n°90, p.8.

PARIZOT R., *L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un*

nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal, D. 2009, p. 2701.

PENNEAU J., *L'utilisation d'un pseudonyme par les membres des professions médicales : propos sur une réponse ministérielle*, JCP G, 1985, I., 3185.

PEREIRA B., *Responsabilité pénale*, RSC, 2017, n° 10.

PERROUDON D., *Attroupement*, Rép pén., n° 23.

POLLAUD-DULIAN F., *Architecture et droit d'auteur*, RDI, 1990, p. 438.

POLLAUD-DULIAN F., *Architectes, Détermination de la qualité d'auteur et respect du droit moral*, JCP G, 1997, n° 44, II 22937.

POLLAUD-DULIAN F., *Droit moral. Droit à la paternité. Fausse attribution d'une œuvre à un auteur. Droit de divulgation*, RTD Com. 2007.

PONCELA P., *L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes*, RSC, 2007, p. 126.

RASSAT M-L., *Fausse monnaie*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

RASSAT M-L., *Falsifications des marques de l'autorité*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

RAYNARD J., *Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art*, Propr. ind. 2002, chron. 2.

REBUT D., *Tentative*, Rép. pén., n°226.

REDON M., *Falsification des titres et marques de l'autorités*, Rép. pén., n° 7.

REDON M., *Usurpation des signes de l'autorité publique*, Rép. pén., n° 335.

REQUENNA G., *L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque*, D. 2001, p. 3602.

REVEL S., *Précision sur la notion d'usurpation d'identité ou l'inexistence de l'ubiquité*, AJDP, 2010, n°5, p. 218.

RIBEYRE C., *Usurpation de fonctions*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

RIBEYRE C., *Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

RIBEYRE C., *LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression*, Dr. Pénal, 2011, étude 10.

ROBERT J., *La manifestation de rue*, Revue de droit public, juillet 2006, p. 829.

ROBERT J., *Apologies et provocations de crimes et délits*, J.-Cl. Communication, fasc. 124.

ROBINE M., *L'usurpation de titre par un témoin*, Gaz. Pal., 1981, p. 305.

ROUJOU DE BOUBÉE G., GARE T. et MIRABAIL S., *Violences*, D. 2010, n° 2, p.123.

ROUSSEAU F., *De quelques réflexions sur la responsabilité collective*, Aspects de droit civil et de droit pénal, D. 2011, n°4, 1983.

ROUSSEAU F., *Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation - Autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national – Attentat et complot – Mouvement insurrectionnel – Usurpation de commandement. Levée de forces armées. Provocation à s'armer illégalement*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

ROUSSEAU F., *De quelques réflexions sur la responsabilité collective*, Aspects de droit civil et de droit pénal, D 2011, p. 1983.

ROZES L., *L'infraction consommée*, RSC, 1975, p. 618.

SAINT-PAU J.-C., *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, p. 134.

SAINT-PAU J.-C., *Définition conceptuelle du droit au respect de la vie privée*, in Droits de la personnalité, Paris, LexisNexis, 2013.

SALAS D., *Une relecture de l'individualisation de la peine* in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, Eres, 2001, p. 197.

SALVAGE Ph., *Le lien de causalité en matière de complicité*, RSC, 1981, p. 26.

SALVAGE Ph., *Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement des responsabilités et la méthode du droit*, Dr. pén. 2005, chron. n° 3.

SALEILLES R., *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable*, Rev. pénit. 1897, p. 53.

SALVAIRE J., *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, RSC, 1964, p. 308.

SAVATIER R., *Commentaire de la loi du 11 mars 1957*, JCP, 1957, I-1398, n° 50.

SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Marques de fabrique, de commerce ou de service*, Rép. com.,

2006.

SELLIN Th., *Intimidation générale et peine de mort*, RSC, 1979, p. 315.

SERINET A., *Injure - L'excuse de provocation*, Comm. com. électr. n° 11, 2015, étude 19.

SILZ M., *Auteur intellectuel et auteur moral*, RID pén. 1936, p. 140.

SYR J.-H., *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, RSC, 1994, p. 217.

THIERRY J.-B., *Provocation aux crimes et délits*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 60, 2017.

TRIGEAUD J.-M., *Qu'en est-il de la liberté au fondement de la responsabilité juridique et morale ? Réflexions de synthèse*, in *Revue trimestrielle Fides Quaerens*, Université di filos, Calabria, Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Naples, 2010.

VASSEUR M., *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC, 1951, p. 1.

VERGES E., *La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004*, AJ pén. 2004, p. 181.

VÉRIN J., *La prévention sociale, mythe ou réalité*, RSC, 1982, p. 81

VERNY E., *Usurpation d'identité*, J.-Cl. Communication, fasc. 58.

VIGAND P., *La contrefaçon se juge par les ressemblances et par les différences*, Propr. ind. comm., 2004, p. 38.

VIVANT P., *Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque ?*, Gaz. Pal. 2008, n°311, p. 18.

VITU A., *Crimes et délits excusables et cas où ils ne peuvent être excusés*, J.-Cl. Pénal, 1991.

VITU A., *Un aspect particulier du droit pénal international : la protection des intérêts publics étrangers par le droit criminel français* in Mél. Jean Larguier, Presses Universitaires de Grenoble, 1993.

VITU A., *Participation à une association de malfaiteurs*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

VITU A. et RIBEYRE C., *Usurpation de titres*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20.

VIVANT P., *Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque ?*, Gaz. Pal. 2008, n°311.

WICKER G. et PAGNUCCO J.-Ch., *Personne morale*, Rép. civ., 2016, n° 106.

ZABALZA A., *Introduction in Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, 2013.

B. ARTICLES NON-JURIDIQUES

ADDAD M., BENEZECH M., BIOULAC B. et BOURGEOIS M., *Approche intégrative du comportement violent*, RICPT, 1982, p. 57.

ANKAOUA F., *Mimesis et Logos. De la scène comme lieu d'une traduction*, Insistance, vol. 4, n° 1, 2010, p. 98.

AKERS R. L. et al., *Social Learning and Deviant Behavior: A Specific Test of a General Theory*, American sociological review, 1979, vol. 44, n° 4, p. 635.

BEGUE L., *Psychologie sociale des violences collectives*, in Cerveau & Psychologie, janvier 2012, n°8, p. 44.

BOURNEAUF R., *Erich Auerbach, Mimésis, la représentation de la réalité dans la littérature occidentale*, in Etudes littéraires, vol. 2, 1969, p. 381.

CUSSON M., *Répétitions criminelles, renseignements et opérations coup-de-poing*, in Problèmes actuels de science criminelle, n° 21, 2008, p. 37.

DIVAY S., LEGENDRE F., *Les dessous cachés de la transmission du métier de soignante*, « *La transmission du métier* » in Dossiers Sociologie [mise en ligne le 7 mars 2014, consulté le 3 novembre 2016].

DURKHEIM E., *Définitions du crime et fonction du châtiment* in *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 88.

FESTINGER L., PEPITONE A. et NEWCOMB T., *Some Consequences of Desindividuation in a Group*, Journal of Abnormal and Social Psychology, n° 47, 1952, p. 382.

FILLIEULE O., *L'émergence de la violence dans la manifestation de rue. Eléments pour une analyse étiologique*, Cultures & Conflits, 1993 (mis en ligne le 04 mars 2005, consulté le 30 septembre 2016).

FISCHER J.-P. et PERRET J.-B., *La mimesis sociale : l'approche historique de Gunter GEBAUER et Christoph WULF*, in Hermes, La Revue, 1998/1, n° 22, p. 63.

JEFFREY D., *Mimesis et rituels dans l'anthropologie historique de Gunter GEBAUER et Christoph WULF in Théâtralité et société : positions de la sociologie*, Cahier de recherche sociologique, n° 51, automne 2011, p. 27.

KEARNEY R., *Terrorisme et sacrifice : le cas de l'Irlande du Nord*, Esprit, avril 1979, p. 41.

KUGIUMUTZAKI G.S., *Le développement de l'imitation précoce de modèles faciaux et vocaux*, Enfance, t. 49, n°1, 1996, p. 21.

LARGUECHE E., « *C'est lui qui a commencé !* ». *L'injure : réaction ou provocation ?*, Sciences croisées, Souci de soi – Souci de l'autre, juill. 2012, n° 11, p. 13

LUBEK I., trad. APFELBAUM E., *Histoire de psychologies sociales perdues. Le cas de Gabriel Tarde*, Revue française de sociologie, 1981, vol. 22, n°3 p. 361.

MARATOS O., *Trends in the Development of Imitation in Early Infancy in Regressions in Mental Development : Basic phenomena and theories*, New Jersey, Laurence Erlbaum Associates, 1982, p. 81.

MELTZOFF N. et MOORE M. K., *Imitation of facial and manual gestures by human neonates*, Sciences, New series, vol. 198, 1977, p. 75.

OLLENDORF G. et RUTHART O., *Les infractions de masse. Quelles interprétations ?*, C.S.I., 1996, n° 23.

PIERLUIGI D., *Mimesis tragique et apprentissage de la phronésis*, Les Études philosophiques, vol. 67, n° 4, 2003, p. 444.

ROYER E. et DUTHEIL Ph., *Organisation d'une manifestation*, Etude 20, 2016, n° 20, p. 318.

SPELKE E. S., BREINLINGER K., MACOMBER J. et JACOBSON K., *Origins of Knowledge*, Psychological Review, n° 99, p. 605.

SZABO D., *Nature et Culture, L'inné et l'acquis. Quelques considérations sur la réactualisation du débat et ses incidences sur la criminologie*, L'année sociologique, 1985, p. 233.

TRIPLETT N., *The Dynamogenic Factors in Peace Making and Competition*, The American Journal of Psychology, 1898, Vol. 9, n° 4.

WULF C., *Mimesis et apprentissage culturel*, Le Télémaque, 2014/1, n° 45

WULF C., *Mimesis et Rituel*, Hermes, La revue, 1998/1, n° 22

ZAZZO R., *Le problème de l'imitation chez le nouveau-né*, Enfance, 1957, t. 10, n° 2.

ZAJONC R. B., *Social Facilitation*, Science, New Series, juillet 1965, vol. 149, n° 3681.

TABLE DE JURISPRUDENCE

INTRODUCTION

Cour de cassation :

Cass. crim., 18 avril 2000, B. crim. n° 153.

Cass. crim., 20 juin 2006, B. crim. n° 188, D. 2007, p. 617, obs. J.-C. SAINT-PAU, JCP 2006, II, 10199, obs. E. DREYER.

PREMIÈRE PARTIE : L'IMITATION UNILATERALE

TITRE I: L'IMITATION UNILATERALE DES ATTRIBUTS IDENTIFICATOIRES

CHAPITRE I : L'IMITATION UNILATÉRALE D'UNE PERSONNE

Section I : La protection pénale des attributs identitaires

I. Une définition pénale de l'identité restreinte mais extensible

Juridictions internationales :

CJUE, 19 octobre 2016, *Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-582/14.

Cour de cassation :

Cass. Req., 1^{er} mars 1904, S. 1904, I, p. 288.

Cass. Req., 24 juin 1908, DP 1908, I, 551.

Cass. crim., 27 juin 1899, DP 1900, I, 365.

Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-81778, non publié au bulletin.

Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 16-80207, non publié au bulletin.

Cass. civ., 30 janvier 1878, D. 1878, I, 231.

Cass. civ., 15 mai 1934, S. 1935, I, p. 9.

Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1959, D. 1959, 507 (2^{ème} espèce) note G. HOLLEAUX, JCP 1959, II, 11323, note P. VOIRIN.

Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1965, B. civ. n° 148.

Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2005, B. civ. n° 206, D. 2005, 2644, obs. A. LEPAGE.

Juridictions de fond :

CA Versailles, 16 janvier 1992, D. 1993, 229, obs. M. GRIMALDI.

CA Paris, 12 janvier 2005, n°2005-263363, Comm. com. électr. 2005, comm. 92, obs. A. LEPAGE.

TGI, 19 mai 1982, aff. Maria Callas, D. 1983, 147.

TGI Paris, 27 septembre 2004, D. 2005, 254455, Comm. com. électr. 2004, comm. 153, obs.

C. CARON.

TGI Paris, 24 juin 2009, n° RG 08/03317.

II. Les différents supports de l'identité

Cour de cassation :

Cass. crim., 19 mars 2006, B. crim. n° 94, D. 2006, comm 82, obs. M. VERON.

Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83255, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

T. corr. Paris, 21 septembre 2005, Comm. com. électr. 2006, comm. 37, note E. CAPRIOLI.

Section II : Les usurpations d'identité. La répression possible de l'imitation unilatérale illicite d'une personne

Cour de cassation :

Cass. crim., 17 janvier 1984, B. crim. n° 21.

Juridictions de fond :

CA Paris, 7 novembre 2000, n° 00/00262.

CA Paris, 4 juillet 2003, n° 03/00172.

CA Riom, 12 avril 2006, n° 06/00098.

I. La prise du nom d'un tiers pour éviter les poursuites pénales : une imitation de personne

Cour de cassation :

Cass. crim., 2 mars 1912, S. 1913 I, 225.

Cass. crim., 13 janv 1955, B. crim. n° 33.

Cass. crim., 14 décembre 1971, B. crim. n° 349, RSC 1972, 600, obs. A. VITU.

Cass. crim., 15 avril 1972, B. crim. n° 123.

Cass. crim., 9 mai 1972, B. crim. n° 162.

Cass. crim., 13 janvier 1987, B. crim. n° 19.

Cass. crim., 13 mai 1991, B. crim. n° 201.

Cass. crim., 24 octobre 1991, B. crim. n° 378.

Cass. crim., 26 septembre 1994, B. crim. n° 304.

Cass. crim., 21 février 1996, n° 95-84049, non publié au bulletin.

Cass. crim. 25 mars 1998, n° 97-82818, non publié au bulletin.

Cass. crim., 8 septembre 1998, n° 97-85790, non publié au bulletin.

Cass. crim., 19 mars 2006, B. crim. n° 94, D. 2006, comm 82, obs. M. VERON.

Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83255, non publié au bulletin.

Cass. crim., 10 mars 2010, n° 09-81948, non publié au bulletin.

Cass. crim., 22 juin 2010, n° 08-88354, non publié au bulletin.

Cass. crim., 12 novembre 2015, n° 14-86358, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Grenoble, 25 octobre 2001, n° 2001-183165.

II. L'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal : une imitation de personne

Cour de cassation :

Cass. crim., 7 novembre 1989, B. crim. n° 403.
Cass. crim., 16 février 1999, B. crim. n° 25.
Cass. crim., 28 janvier 2014, n° 12-84425, non publié au bulletin.
Cass. crim., 17 février 2016, B. crim. n° 54.
Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 16-80207, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

TGI Carcassonne, 16 juin 2006, n° 648/2006.
T. corr. Paris, 18 décembre 2014, n° 12010064012.
TGI Paris, 24 mars 2015, n° RG 09/16298.
TGI, 12 août 2016, n° RG 16/56239.

III. Une imitation de personne prévue par la Loi des 9-12 février 1895 sur le faux artistique

Cour de cassation :

Cass. crim., 29 novembre 1879, DP 1880, 1, 40.
Cass. crim., 28 avril 1987, n° 85-94850, non publié au bulletin.
Cass. crim., 22 mai 2002, Comm. com. élect. 2002, comm. 150, note C. CARON, RTD com. 2003, p. 85, obs. A. FRANCON.
Cass. crim., 3 octobre 2012, B. crim. n° 210.

Cass. 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, B. civ. n° 225, RIDA 2001. 309, D. 2001, 541, note E. DREYER.

Juridictions de fond :

CA Paris, 28 février 2007, RIDA 2007, 159, obs. P. SIRINELLI.

TGI Paris, 23 novembre 1988, JCP G, I, 3433 note B. EDELMAN.
TGI Paris, 9 mai 1995, Renoir, RIDA 1996, 282.

CHAPITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UN PERSONNAGE

Section I : La protection pénale de certains attributs symboliques des fonctions sociales

I. Rôles sociaux et attributs symboliques d'une fonction sociale

II. La protection pénale des attributs symboliques de l'autorité publique et/ou réglementés par l'autorité publique

Cour de cassation :

Cass. crim., 22 juillet 1837, B. crim. n° 448.
Cass. crim., 14 octobre 1853, B. crim. n° 511.
Cass. crim., 9 avril 1857, B. crim. n° 144.

Cass. crim., 4 février 1858, DP 1858, 5, 164.
 Cass. crim., 7 mai 1858, B. crim. n° 147, S. 1858, 1, 689, DP 1858, 1, 260.
 Cass. crim., 14 juin 1861, B. crim. n° 121, S. 1861, 1, p. 1011, D. 1861, 1, 355
 Cass. crim., 10 juillet 1862, B. crim. n° 167.
 Cass. crim., 8 août 1867, D. 1868, 1, 41.
 Cass., crim., 15 juillet 1869, D. 1870, 1, 237.
 Cass. crim., 23 février 1888, B. crim. n° 77.
 Cass. crim., 28 février 1889, D. 1890, 1, 44.
 Cass. crim., 13 décembre 1894, B. crim n° 315, D. 1898, 5, 647, S. 1896, 1, 249, note J.-A. ROUX.
 Cass. crim., 25 mars 1899, S. 1900, 1, 428.
 Cass. crim., 7 décembre 1900, B. crim. n° 362, S. 1904, D. 1901, 1, 512.
 Cass. crim., 30 octobre 1903, B. crim. n° 350.
 Cass. crim., 10 mai 1912, B. crim. n° 263.
 Cass. crim., 28 décembre 1912, B. crim. n° 686.
 Cass crim., 6 juillet 1917, B. crim. n°164, S. 1920, 1, 191, Dr. pén. 1921, 1, 170.
 Cass. crim., 10 décembre 1926, DP 1927, 67.
 Cass. crim., 24 février 1927, B. crim. n° 62.
 Cass. crim., 22 décembre 1937, D. 1938, 119, Gaz. Pal. 1938, I, 303.
 Cass. crim., 15 mai 1941, B. crim. n° 62.
 Cass. crim., 25 juin 1942, B. crim. n° 78.
 Cass. crim., 17 novembre 1945, JCP 1946, IV, 35.
 Cass. crim., 17 octobre 1947, JCP 1947, IV, 206.
 Cass. crim., 14 juin 1950, D. 1950. 589, obs L. HUGUENEY.
 Cass. crim., 3 avril 1957, B. crim n° 321.
 Cass. crim., 29 janvier 1958, D. 1958, 44.
 Cass. crim., 11 décembre 1962, B. crim. n° 368, D. 1963, 99, JCP 1963, II, 13017.
 Cass. crim., 18 juillet 1963, B. crim. n° 260.
 Cass. crim., 11 octobre 1966, JCP 1966, II, 15897, D. 1967, 19.
 Cass. crim., 26 juin 1968, B. crim. n° 208, RSC 1969, 136, obs. A. VITU.
 Cass. crim., 10 juillet 1968, B. crim. n° 221, RSC 1969, 136, obs A. VITU.
 Cass. crim., 18 juillet 1968, B. crim. n° 233.
 Cass. crim., 22 avril 1969, B. crim. n° 143, RSC 1970, 642, obs. A. VITU.
 Cass. crim., 3 novembre 1970, B. crim. n° 287, D. 1971, 98, RSC 1970, 413, obs. A. VITU, Gaz. Pal. 1971, I, 91.
 Cass. crim., 11 mai 1971, D. 1971, 428, RSC 1971, 934, obs. A. VITU.
 Cass. crim., 21 juillet 1971, B. crim. n° 325.
 Cass. crim., 28 juin 1978, D. 1979.
 Cass. crim., 18 décembre 1979, B. crim. n° 366, RSC 1980, 709, obs. A. VITU.
 Cass. crim., 6 octobre 1980, D. 1981, 141, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.
 Cass. crim., 11 octobre 1988, Gaz. Pal. 1988, I, 80, note J.-P. DOUCET.
 Cass. crim., 10 mai 1989, D. 1990, 47.
 Cass. crim., 30 juin 1990, B. crim. n° 170, RSC 1999, 823, obs. R. OTTENHOF.
 Cass. crim., 1^{er} octobre 1990, n° 89-86963, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 14 février 1991, JCP 91, IV, 194.
 Cass. crim., 11 avril 1991, D. 1992, 3, note M. VERON.
 Cass. crim., 10 février 1993, D. 1993, 152.
 Cass. crim., 2 février 1994, B. crim. n° 53, D. 1994, 105, obs. M. VERON.
 Cass. crim., 8 février 1995, B. crim. n° 61.
 Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-83.081, B. crim. n° 141.

Cass. crim., 5 novembre 1997, B. crim. n° 377.
 Cass. crim., 9 septembre 1998, n° 97-86168, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 1^{er} février 2000, B. crim. n° 53.
 Cass. crim., 20 novembre 2001, D. 2002, comm. 54, note M. VERON.
 Cass. crim., 9 avril 2002, B. crim. n° 83, Dr. pén. 2002, comm. 109 obs. M. VERON.
 Cass. crim., 30 avril 2003, Dr. pén. 2003, comm. 119, obs. M. VERON.
 Cass. crim., 10 octobre 2006, B. crim. n° 245, JCP G 2007, II, 10043, note Y. GAUDEMET.
 Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-43784, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 18 novembre 2008, Dr. pén. 2009, comm. 21, obs. M. VERON.
 Cass. crim., 11 mars 2009, n° 08-84413, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 20 mai 2009, B. crim. n° 100, DP 2009, comm. 134, note M. VERON.
 Cass. crim., 13 octobre 2009, n° 09-81.609, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 12 janvier 2010, Dr. pén. 2010, comm. 47, obs. J.-H. ROBERT, comm. 45 obs. M. VERON.
 Cass. crim., 6 avril 2011, D. 2011, 1141, D. 2011. 2823, obs. S. MIRABAIL, D. 2012. 1701, obs. C. MASCALA.
 Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-82968, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-88.316, Gaz. Pal. 2012, I, 302, note E. DREYER.
 Cass. crim., 30 mars 2016, B. crim. n° 112.

Cass. civ., 29 juillet 1936, DP 1936, I, 86.

Juridictions de fond :

CA Amiens, 26 juin 1822, S. 1822, 2, 91.
 CA Dijon, 3 novembre 1915, DP 1916, 2, 31.
 CA Paris, 1^{er} décembre 1966, D. 1957, 203.
 CA Paris, 1^{er} juillet 1985, Gaz. Pal. 1986, I, 29, note J.-P. MARCHI.
 CA Montpellier, 6 février 2007, n° 06/01158.
 CA Paris, 3 avril 2009, n°08/09596.
 CA Aix-en-Provence, 17 février 2010, n° 266/D/2010.

T. corr. Seine, 5 décembre 1911, DP 1912, 2, 81.
 T. corr. Orange, 28 décembre 1916, Gaz. Pal. 1916, II, 464.
 T. corr. Reims, 9 novembre 1931, Gaz. Pal. 1932, I, 6.
 T. corr. Lisieux, 5 septembre 1979, JCP 1980, II, 19308.
 T. corr. Agen, 27 juin 1990, RSC 1991, 85, obs. P. BOUZAT.
 TGI Bordeaux, 17 févr. 2000, D. 2001, 2921, note E. AGOSTINI.

Section II : L'incrimination de l'imitation d'un personnage

I. Le port ou l'usage publics et sans droit de signes officiels de l'autorité publique

Juridictions de fond :

T. Corr. Alger, 5 mars 1898, S. 1898, 2, 287, DP 1899, 2, 33.
 T. corr. Orléans, 20 janvier 1932, préc.
 T. corr. Seine, 9 décembre 1936, S. 1937, 2, 133, Gaz. Pal. 1937, I, 555.

II. L'usurpation d'une fonction publique fonction publique

Cour de cassation :

Cass. crim., 10 janvier 1856, B. crim. n° 13, DP 1856, 5, 224.

Cass. crim., 11 juin 1964, B. crim. n° 202, D. 1964, 532, RSC 1965, 126, obs. L.

HUGUENEY

Cass. crim., 24 mars 1987, B. Crim. n° 140, JCP G 1988, II, 20953, note E. WALTON, Gaz.

Pal. 1988, 1, somm. 4.

Cass. crim., 2 février 1994, B. crim. n° 55.

Cass. crim., 21 février 2001, B. crim. n° 46.

Cass. crim., 9 avril 2002, B. crim. n° 83.

Cass. crim., 5 avril 2005, B. crim. n° 117.

Cass. crim., 20 mai 2009, B. crim. n° 100.

Cass. crim., 13 octobre 2009, n° 09-81.609, non publié au bulletin, Dr. Pén. 2010, comm. 5, note M. VERON.

III. L'usurpation de titre, de diplôme ou de qualité réglementés par l'autorité publique

Cour de cassation :

Cass. crim., 3 avril 1957, B. crim. n° 321.

Cass. crim., 29 janvier 1958, B. crim. n° 107.

Cass. crim., 28 décembre 1959, B. crim. n° 592.

Cass. crim., 10 juillet 1968, Gaz. Pal. 1968, II, 233.

Cass. crim., 18 décembre 1979, B. crim. n° 366, RSC 1980, 709, obs. A.VITU.

Cass. crim., 14 février 1991, B. crim. n° 274, obs. G. AZIBERT.

Cass. crim., 30 octobre 1995, B. crim. n° 337, Dr. pén. 1996, comm. 102, obs. M.VERON.

Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-83.081, B. crim. n° 141, p. 405.

Cass. crim., 13 novembre 1996, n° 95-85459, non publié au bulletin.

Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-82469, non publié au bulletin.

Cass. crim., 10 octobre 2006, n° 05-85929, B. crim. n° 245.

Cass. crim., 15 novembre 2011, n° 10-88316, non publié au bulletin, Gaz. Pal. 2012, I, 302, note E. DREYER.

Cass. crim., 28 janvier 2014, n° 12-84425, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Paris, 28 mars 1997, n° 1997-021092.

TGI Paris, 28 avr. 1989, RSC 1990, 82, obs. P. BOUZAT.

IV. L'exercice illégal d'une profession protégée

Cour de cassation :

Cass. crim., 4 avril 1919, S. 1913, 1, 135.

Cass. crim., 4 décembre 1926, B. crim. n° 334.

Cass. crim., 17 octobre 1936, D. 1936, 542.

Cass. crim., 28 mars 1950, D. 1950, 302.

Cass. crim., 7 août 1951, B. crim. n° 249.

Cass. crim., 19 mars 1953, D. 1953, 664.

Cass. crim., 4 novembre 1953, D. 1954, 46.

Cass. crim., 24 mai 1955, B. crim. n° 262.

Cass. crim., 23 décembre 1955, B. crim. n° 603.

Cass. crim., 5 octobre 1960, B. crim. n° 428.

Cass. crim., 21 décembre 1961, B. crim. n° 54.
 Cass. crim., 30 avril 1963, B. crim. n° 159.
 Cass. crim., 24 juillet 1967, B. crim. n° 235.
 Cass. crim., 23 novembre 1967, B. crim. n° 306.
 Cass. crim., 2 novembre 1971, B. crim. n° 290.
 Cass. crim., 17 mai 1983, B. crim. n° 145.
 Cass. crim., 17 juillet 1987, n° 86-94968, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 5 avril 1995, n° 94-80938, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 6 novembre 1996, B. crim. n° 397.
 Cass. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-83627, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 1^{er} février 2000, B. crim. n° 53.
 Cass. crim. 6 février 2001, n° 00-83425, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 2 juin 2004, n° 03-87815, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 04-80526, non publié au bulletin.
 Cass. civ., 8 janvier 2008, B. civ n° 2.
 Cass. crim., 21 octobre 2008, B. crim. n° 211, D. 2009, 46, obs. P. CHAUMONT.
 Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 08-82023, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 12 janvier 2010, D. 2010, 45, obs. M. VERON.
 Cass. crim., 9 février 2010, B. crim. n° 19.
 Cass. crim., 7 septembre 2010, n° 09-87811, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 8 mars 2011, B. crim. n° 50, AJ pénal 2011, 305, obs. J. LASSERRE
 CAPDEVILLE
 Cass. crim., 5 février 2013, B. crim. 35.

Juridictions de fond :

CA Dijon, 24 avril 1926, DP 1928, 2, p. 24.
 CA Paris, 6 avril 1943, Gaz. Pal. 1943, II, 47.
 CA Paris, 20 mars 1985, D. 1985, somm. 402, obs. J. PENNEAU.
 CA Paris, 20 septembre 1999, n° 1999-024439.

T. corr. Domfront, 20 janvier 1950, D. 1950, somm. 60.
 T. corr. Saint-Nazaire, 6 décembre 1951, D. 1952, 83.

TITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE

Juridictions internationales :

CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm c. Winthrop*, aff. 16/74.
 CJCE, 23 mai 1978, *Hoffman-La Roche*, aff. 102/77.
 CJCE, 12 novembre 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01.
 CJCE, 20 mars 2003, *Arthur et Félicie*, aff. C-291/00.

CHAPITRE I : L'IMITATION DE LA CREATION D'AUTRUI

Section I : La protection de la création contre l'imitation

I. Les conditions de fond d'une création protégeable

Juridictions internationales :

CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Painer/Axel Springer AG et autres*, aff. C-145/10.

Cour de cassation :

Cass. crim., 19 décembre 1895, DP 1896, 1, 165.

Cass. crim. 30 octobre 1963, D. 1964, 678, note A. FRANÇON.

Cass. crim., 7 octobre 1998, RIDA 1999, 180, 327, RDPI 1999, 98, 39.

Cass. crim., 7 octobre 1998, JCP G 1999, 1480, obs. S. GABIN.

Cass. crim., 28 septembre 1999, B. crim. n° 199, p. 630.

Cass. crim., 26 mars 2002, B. crim. n° 61, p. 62.

Cass. crim., 16 juin 2009, B. crim. n° 123.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 1970, RTD com. 1971, 705, note H. DESBOIS.

Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1983, JCP G 1984, 20189, J. HUET.

Cass. 1^{ère} civ., 1 mars 1988, n° 86-12213, non publié au bulletin.

Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1991, JCP G 1991, II, 21770, note H. CROZE.

Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, JCP E 1992, I, 141, obs. M. VIVANT, A. LUCAS.

Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, RIDA 1/1995, 205.

Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, B. civ. n° 56, p. 36.

Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, JCP DG 1997, II, 22973, (1^{ère} espèce), note X. DAVERAT, D. 1998, p. 290 et s., (2^{ème} espèce) note crit. F. GREFFET.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1998, B. civ. n° 162, p. 109.

Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2000, n° 98-18741, non publié au bulletin.

Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, B. civ. n° 45, p. 36.

Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 2005, B. civ. n° 458, p. 384.

Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, B. civ. n° 464, p. 400, RTD com. 2007, p. 77, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2009, n° 08-15749, non publié au bulletin.

Cass. 1^{ère} civ., 9 avril 2015, n° 13-28768, non publié au bulletin.

Cass. com., 25 octobre 1950, B. civ. n° 306, p. 215.

Cass. com., 31 mars 1954, Ann. propr. ind. 1954. 266.

Cass. com., 17 décembre 1964, B. civ. n° 572.

Cass. com., 28 mars 1966, B. civ. n° 170.

Cass. com., 13 juin 1966, B. civ. n° 298.

Cass. com., 19 décembre 1977, Ann. 1978, p. 256.

Cass. com., 26 mars 1985, Dossiers Brevets 1986, II, 2.

Cass. com., 15 juin 1993, B. civ. n° 241.

Cass. com., 4 janvier 1994, PIBD 1994, III, 195, 1994, IV, 4, PIBD 1994, 564, III, 195, RDPI 1994, 38.

Cass. com., 13 juin 1995, PIBD 1995, 594, III, 391.

Cass. com., 12 mars 1996, PIBD, 1996, 611, III, 273.

Cass. com., 6 juin 2001, Propr. ind. 2002, comm. 15, note J. RAYNARD, PIBD, 2001, 726, III, 427.

Cass. com., 3 juin 2003, PIBD 2003, PIBD n° 771, III, 437.

Cass. com., 8 mars 2005, PIBD 2005, 810, III, 358.

Cass. ass. plén., 7 mars 1986, II, 14713, JCP E, 1986, I, 15791.

Cass. ass. plén., 30 octobre 1988, JCP G 1988, 20189, note A. FRANÇON.

Cass. req., 2 février 1863, DP 1863, 1, 251.

Cass. req., 3 novembre 1926, Ann. propr. ind. 1927, p. 265.

Juridictions de fond :

CA Paris, 17 juillet 1858, Ann. propr. ind. 1859, 86.

CA Amiens, 2 juin 1883, Ann. propr. ind. 1885, 359.

CA Grenoble, 11 août 1887, Ann. propr. ind. 1890, 33.

CA Paris, 19 novembre 1901, Ann. propr. ind. 1903, 96.

CA Paris, 19 mai 1905, DP 1905, 2, 424.

CA Lyon, 21 avril 1952, Ann. propr. ind. 1852, 219.

CA Paris, 1 avril 1957, D. 1957, 436, (1^{ère} espèce).

CA Paris, 27 février 1962, Ann. propr. ind. 1963, 378.

CA Paris, 7 mars 1965, D. 1966, 557, note R. PLAISANT.

CA Paris, 19 décembre 1975, PIBD 1980, 256, III, 83.

CA Paris, 8 janvier 1976, PIBD 1976, 168, III, 122, Dossiers Brevets 1977, III, 7.

CA Paris, 31 mars 1978, Dossiers Brevets 1978, IV, 1.

CA Paris, 19 octobre 1979, PIBD 1980, 253, III, 48, Dossiers Brevets 1979, IV, 1.

CA Paris, 10 juin 1980, PIBD 1981, 272, III, 17.

CA Paris, 4 mars 1982, D. 1983, inf. Rapp. p. 93, obs C. COLOMBET.

CA Paris, 26 mai 1983, PIBD 1983, 329, III, 189, Dossiers Brevets 1983, III, 5.

CA Paris, 12 octobre 1989, PIBD 1990, III, 154.

CA Paris, 17 mai 1990, PIBD 1990, 489.

CA Paris, 14 juin 1990, PIBD 1990, 490, III, 701.

CA Paris, 25 octobre 1990, PIBD, 1991, 495, III, 123.

CA Paris, 4 décembre 1990, PIBD, 1991, 497, III, 179.

CA Paris, 8 janvier 1997, PIBD 1997, 631, III, 232.

CA Paris, 29 octobre 1999, PIBD 2000, 697, III, 219.

CA Paris, 25 octobre 2000, PIBD 2001, 714, III, 73.

CA Paris, 20 décembre 2000, PIBD 2001, 718, III, 203.

CA Paris, 26 septembre 2001, n° 1999/22377.

T. com. Seine, 16 juillet 1921, Ann. propr. ind. 1922, 346.

TGI Paris, 27 avril 1984, RIDA 1/1985, p. 192.

TGI Starsbourg, 17 janvier 1989, PIBD, 1989, 454, III, 223.

TGI Paris, 26 avril 1989, Gaz. Pal. 1989, II, 425.

TGI Paris, 9 mai 1990, PIBD 1990, III, 588.

TGI Paris, 13 mai 1992 PIBD 1992, 532, III, 570.

TGI Paris, 9 juillet 2002, PIBD 2002, 751, III, 459.

Autre juridiction :

OEB, 18 décembre 1992, aff. G-0001/92, JO OEB 1993, 277, PIBD 1993, 548, III, 451,

Dossiers Brevets 1993, I, 9.

OEB, 16 janvier 2007, aff. T-1134/06, Konami, Prop. ind. Juin 2008 n° 37, obs. P. VIGAN.

II. Les conditions de forme d'une création protégeable : des conditions supplémentaires pour les brevets

III. L'étendue de la protection de la création

Juridictions internationales :

CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, aff. C-403/08 et *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*, aff. C-429/08.

Cour de cassation :

Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, B. civ. n° 184, D. 1985, IR 312, obs. C. COLOMBET.

Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1986, B. civ. n° 89.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, JCP 1988, II, 21120, note A. FRANÇON.

Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1992, B. civ. n° 7, D. 1993, 522, note B. EDELMAN.

Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2003, B. civ. n° 28, p. 23.

Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2007, B. civ. n° 60, RTD com. 2007, 540, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2007, B. civ. n° 135, RTD com. 2007, 541, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010, B. civ. n° 75, RTD com. 2010, 303, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; CCE

Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2013, B. civ. n° 240, RTD com. 2014, 115, chron. F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. com., 23 novembre 1964, B. civ. n° 513.

Cass. req., 18 mars 1902, Ann. propr. ind. 1903, 209.

Juridictions de fond :

CA Paris, 11 janvier 1828, S. 1828-1830, 2, 5.

CA Lyon, 17 juillet 1845, DP 1845, 2, 128.

CA Paris, 6 mars 1931, DP 1931, 2, 88, note M. NAST.

CA Paris, 14 juin 1950, D. 1951. 9, note H. DESBOIS.

CA Paris, 27 février 1971, Ann. propr. ind. 1971, 142.

CA Paris, 23 novembre 1977, Ann. propr. ind. 1979, 68.

CA Paris, 13 février 1981, RIDA 1982, p. 126.

CA Paris, 22 janvier 1987, Cah. Dr. Auteur, 1988, p. 15.

CA Paris, 25 septembre 1987, D. 1988, somm. 205, obs. C. COLOMBET, RIDA 1988, p. 104.

CA Versailles, 3 octobre 1990, RIDA 1991, p. 148, note P.-Y. GAUTIER.

CA Paris, 20 décembre 1990, D. 1991, 532, note B. EDELMAN, RIDA 1992, p. 295.

CA Paris, 11 juillet 1990, D. 1992, somm. 17, obs. C. COLOMBET.

CA Paris, 28 mars 1995, RIDA 1995, p. 243.

CA Bordeaux, 15 février 1999, PIBD 1999, III, 403.

CA Lyon, 9 décembre 1999, RIPIA 1999, p. 66.

CA Paris, 10 avril 2009, PIBD 2009, 899, III, 1195.

CA Paris, 28 octobre 2011, Propr. Intell. 2011, n° 42, p. 25, obs. A. LUCAS.

CA Paris, 16 novembre 2012, CCE 2013, n° 50, note C. CARON.

T. civ. Seine, 6 avril 1949, JCP 1950, II, 5462.

T. com. Seine, 2 avril 1951, D. 1951, 343.

TGI Paris, 20 mai 1988, PIBD 1988, 442, III, 444, Dossiers Brevets 1988, V, 4.

TGI Paris, 21 février 1990, D. 1991, somm. 95, obs. C. COLOMBET.

TGI Paris, 2 mai 1990, D. 1992, somm. 14, obs. C. COLOMBET.

Section II : Le comportement d'imitation d'une création ou d'un créateur

I. L'imitation de la création d'autrui

Juridictions internationales :

CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International*, aff. C-5/08.

CJUE, 3 septembre 2014, *Deckmyn et a. c/ Vandestein*, aff. C-201/13.

Cour de cassation :

Cass. 25 mai 1897, *Plygreffe*, Ann. 1897, p. 332.

Cass. crim., 15 juin 1844, B. crim. n° 217.

Cass. crim., 30 mars 1882, S. 1882, I, 334.

Cass. crim., 11 avril 1889, B. crim. n° 150.

Cass. crim., 11 janvier 1901, Ann. 1903, p. 248.

Cass. crim., 1^{er} février 1912, Gaz. Pal. 1912, I, 437.

Cass. crim., 1^{er} mai 1940, D. 1941, 116.

Cass. crim., 16 juin 1955, D. 1955. 554.

Cass. crim., 28 février 1956, JCP 1956, II, 9520.

Cass. crim., 12 décembre 1958, B. crim. n° 735, p. 1313, Ann. 1959, p. 259.

Cass. crim., 4 mai 1961, B. crim. n° 236, Ann. prop. ind. 1961, p. 334.

Cass. crim., 12 février 1969, D. 1969, 296.

Cass. crim., 5 mai 1981, RIDA 1982, p. 179.

Cass. crim., 4 janvier 1991, n° 87-81995, non publié au bulletin.

Cass. crim., 1^{er} juin 1994, RIDA 1995, p. 163.

Cass. crim., 10 mai 1995, n° 94-80942, non publié au bulletin.

Cass. crim., 21 septembre 2004, PIBD 2005, n° 799, III, 6.

Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-86634, non publié au bulletin.

Cass. crim., 15 juin 2010, CCE 2010, n° 95, note C. CARON.

Cass. crim., 26 novembre 2013, n° 12-88370, non publié au bulletin.

Cass. crim., 1^{er} avril 2014, B. crim. n° 99.

Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 15-84620, non publié au bulletin.

Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1988, B. civ. n° 5, D. 1988, somm. 207, obs. C. COLOMBET.

Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 1988, RIDA 1988, p. 297.

Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1991, B. civ. n° 144.

Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, GAPI, 1^{ère} éd., n° 30, D. 1992, 182, note P.-Y. GAUTIER, *Légipresse* 1992, n° 97-111, p. 143, RIDA 1992, p. 196.

Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, JCP G 1992, II, 21930, note X. DAVERAT, D. 1992, 182, note P.-Y. GAUTIER.

Cass. 1^{ère} civ., 21 octobre 1997, B. civ. n° 285.

Cass. 1^{ère} civ., 2 décembre 1997, B. n° 346.

Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001, B. civ. n° 170, Comm. com. électr. 2001, comm. 74, obs. C. CARON.

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, B. civ. n° 89.

Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, B. civ. n° 44, Comm. com. électr. 2005, comm. 39, obs. C. CARON.

Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2006, n° 04-16.687, Comm. com. électr., 2007, comm 19, obs C. CARON.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2015, Propr. intell. 2015, n° 56, p. 298, obs. J.-M. BRUGUIERE.

Cass. com., 5 mai 1971, Ann. 1971, p. 102.
 Cass. com., 6 novembre 1984, Ann. 1985, p. 77, obs. P. MATHELY.
 Cass. com., 28 avril 1987, JCP 1987, II, 15067, obs. crit. J.-P. MARTIN.
 Cass. com., 7 juin 1988, B. civ. n° 190, p. 133.
 Cass. com., 21 juin 1988, Ann. 1988, p. 58.
 Cass. com., 19 février 1991, PIBD, 1991, n° 504, III, 430, Ann. 1992, p. 204.
 Cass. com., 9 mars 1993, PIBD 1993, 547, III, 411.
 Cass. com., 18 octobre 1994, RDPI 1996, n° 64, p. 59.
 Cass. com., 20 mai 2003, PIBD 2003, 771, III, 439.
 Cass. com., 3 juin 2003, PIBD 2003, 771, III, 437.
 Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n° 01-14574, non publié au bulletin.
 Cass. com., 15 mars 2011, B. civ. n° 42.

Juridictions de fond :

CA Paris 8 déc. 1887, Ann. propr. ind. 1890, p. 142.
 CA Paris, 2 novembre 1954, RIDA 1955, p. 149.
 CA Paris, 23 novembre 1963, JCP G, 1963, II, 13235, obs. H. DELPECH.
 CA Rennes, 19 décembre 1963, Ann. propr. ind. 1968, 212.
 CA Paris, 9 mars 1964, Ann. propr. ind. 1965, 240.
 CA Paris, 25 janvier 1968, RIDA 1968, p. 174.
 CA Paris, 12 juillet 1972, JCP 1973, II, 17290.
 CA Paris, 9 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, I, 109.
 CA Paris 19 juin 1979, Ann. 1981, p. 164, D. 1981, inf. rap. 83, obs. C. COLOMBET.
 CA Paris, 14 février 1980, D. 1981, somm. 86, obs. C. COLOMBET.
 CA Versailles, 13 mai 1980, RIDA 1980, p. 171.
 CA Paris, 21 février 1986, RDPI, 1986, n° 4, p. 27.
 CA Paris, 13 mai 1986, RIDA 1988, p. 155.
 CA Paris, 29 septembre 1988, n° 025949.
 CA Paris, 14 février 1990, RIDA 1990, p. 357.
 CA Paris, 14 mai 1990, RIDA 1990, p. 288.
 CA Paris, 11 octobre 1990, Ann. 1990, 235.
 CA Paris, 23 octobre 1990, JCP G 1991, II, 21682, obs A. LUCAS, RIDA 1991, p. 134.
 CA Paris, 25 octobre 1990, D. 1992, somm. 14, obs. C. COLOMBET.
 CA Paris, 21 novembre 1990, D. 1991, 85, note P.-Y. GAUTIER.
 CA Paris, 27 novembre 1990, D. 1991, inf. rap. p. 35.
 CA Amiens, 12 avril, 1991, JCP G 1992, IV, 972.
 CA Paris, 1^{er} décembre 1992, PIBD 1993, 541, III, 220.
 CA Versailles, 15 décembre 1993, RIDA n° 160, p. 255.
 CA Versailles, 17 mars 1994, RIDA 1995, p. 350.
 CA Paris, 29 novembre 1995, PIBD 1996, III, p. 11.
 CA Paris, 29 novembre 1995, PIBD 1996, 606, III, 111, obs. J. AZEMA, RTD com. 1996, 226
 CA Paris, 11 juin 1996, D. 1997, somm. 89, obs. Th. HASSLER.
 CA Paris, 23 janvier 1998, D. 1999, somm. 63, obs. C. COLOMBET.
 CA Paris, 13 février 1998, n° 95/19454.
 CA Versailles, 6 novembre 1998, RIDA 1999, p. 314.
 CA Versailles, 4 février 1999, n° 6245-97.
 CA Paris, 18 février 2005, Gaz. Pal. 2006, 586, note A. LE TARNEC.
 CA Paris, 7 octobre 2005, PIBD 2005, 819, III, p. 685.

CA Paris, 13 juin 2007, PIBD 2007, 858, III, 531.
CA Paris, 27 septembre 2007, D. 2007, Pan. 2064, obs. J.-C. GALLOUX, PIBD 2006, 840, III, 748.
CA Paris, 21 septembre 2007, PIBD 2007, 863, III, 691.
CA Paris, 30 janvier 2008, n° 361193.
CA Paris, 14 avril 2015, n° 13/15800.

T. corr. Mâcon, 14 novembre 1962, RIDA 1955, p. 149, Gaz. Pal. 1963, I, 107.
T. corr. Paris, 17 janvier 1968, RIDA 1969, p. 140.
TGI Paris, 19 janvier 1977, RIDA 1977, p. 167.
TGI Paris, 3 janvier 1978, D. 1979, jurispr. p. 99, note H. DESBOIS.
TGI Aix-en-Provence, 21 février 1985, RIDA 1985, p. 157.
TGI Paris, 17 mars 1986, PIBD 1986, 394, III, 248
TGI Lyon, 27 février 1990, PIBD 1991, 497, III, 193.
TGI Nanterre, 16 mars 1994, RIDA 1994, p. 484.
TGI Paris, 10 mai 1996, RIDA 1996, p. 324.
TGI Paris, 17 février 1999, RIDA 1999, p. 331.
TGI Paris, 27 mai 2003, PIBD 2003, 774, III, 539.

II. L'usurpation de qualité de créateur : une imitation personnelle par appropriation illicite d'une création

Cour de cassation :

Cass. 2 mars 1894, DP 1895, I, 349.
Cass. 19 février 1870, Sir. 1870, I, 180.
Cass. crim., 26 janvier 1965, B. crim. n° 25.
Cass. crim., 13 décembre 1995, RIDA 1996, p. 307, RJDA 1996/5, 718, RTD com. 1996, p. 462
obs A. FRANCON.
Cass. crim., 24 septembre 1997, Gaz. Pal. 1998, II, 529, note J.-P. LECLERC.
Cass. crim., 22 mai 2002, Com. com. élect. 2002, comm. 150, (2^{ème} espèce), note Ch.
CARON, RTD com. 2003, p. 85, obs. A. FRANCON.
Cass. crim., 3 septembre 2002, RIDA 2003, p. 347.

Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1961, B. civ. n° 74, p. 61.
Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 1980, RIDA 1980, p. 152, note A. FRANÇON.
Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 1984, B. civ. n° 184, D. 1985, somm. 312, obs. C. COLOMBET.

Conseil Constitutionnel :

Cons. Const., 27 juillet 2006, DC n° 2006-540.

Juridictions de fond :

CA Paris, 4 juin 1869, Ann. 1870, 58.
CA Paris, 4 décembre 1869, Ann. 1870, 52 et 58.
CA Rennes, 22 novembre 1911, DP 1914, 2, 5.
CA Paris, 25 février 1988, D. 1989, somm. 312, obs. C. COLOMBET.
CA Paris, 20 novembre 1996, RIDA n° 173, p. 321, JCP G, II, 22937.
CA Orléans, 19 octobre 2006, n° 326027.

TGI Paris, 29 mars 1989, JCP 1990, éd. N, II, p. 278, obs. B. EDELMAN, D. 1990, somm. 55,
obs. C. COLOMBET, Gaz. Pal. 1990, I, 140, obs. M. HUET.

T. civ. Seine, 21 avril 1913, D. 1914, 5, 4.
T. civ. Seine, 3 janvier 1927, Ann. 1939, 278.

CHAPITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC

Section I : Les objets et instruments de protection

I. Les instruments de protection de la confiance publique dans le Code pénal : une affirmation de la souveraineté de l'État

Cour de cassation :

Cass. crim., 28 novembre 1812, B. crim. n° 253,
Cass. crim., 25 mai 1837, S. 1838, 1, 71.
Cass. crim., 13 octobre 1843, B. crim. n° 265.
Cass. crim., 27 juillet 1883, B. crim. n° 190, S. 1885, 1, 41.
Cass. crim., 3 décembre 1927, S. 1929, 1, 119.
Cass. crim., 4 mars 1954, D. 1954, 242, S. 195, 1, 30, RSC 1954, 541, obs. L. HUGUENEY.
Cass. crim., 28 février 1957, RSC 1957, 372, JCP 1957, II, 9856.
Cass. crim., 17 février 1959, B. crim. n° 109.
Cass. crim., 18 juillet 1963, B. crim. n° 259, D. 1963, 604, Gaz. Pal. 1964, I, 70.
Cass. crim., 7 décembre 1965, D. 1966, somm. 59.
Cass. crim., 13 février 1969, B. crim. n° 79, D. 1969, 269, rapp. ESCOLIER, RSC 1969, 660, obs. A. VITU.
Cass. crim., 7 mars 1972, B. crim. n° 86, D. 1972, 341.
Cass. crim., 8 novembre 1972, B. crim. n° 331.
Cass. crim., 7 novembre 1974, B. crim. n° 319.
Cass. crim., 19 décembre 1974, B. crim., n° 378, RSC 1975, 690, obs. A. VITU,
Cass. crim., 12 décembre 1977, B. crim. n° 393.
Cass. crim., 1^{er} juin 1981, B. crim. n° 177.
Cass. crim., 21 février 1985, n° 84-91867, B. crim. n° 84.
Cass. crim., 22 mars 1989, B. crim. n° 147.
Cass. crim., 26 février 1990, B. crim. n° 94.
Cass. crim., 3 janvier 1991, B. crim. n° 2.
Cass. crim., 16 mars 1994, B. crim. n° 104.
Cass. crim., 15 mars 1995, B. crim. n° 109.
Cass. crim., 12 novembre 1998, B. crim. n° 298, DP 1999, n° 37, obs. M. VERON.
Cass. crim., 13 octobre 1999, D. 2000, IR, 5.
Cass. crim., 15 mars 2000, B. crim. n° 117, DP 2000, n° 86, obs M. VERON
Cass. crim., 3 octobre 2000, n° 99-86628, non publié au bulletin.
Cass. crim., 30 janvier 2002, Dr. pénal 2002, 81, obs. M. VERON.
Cass. crim., 18 février 2003, B. crim. n° 39.
Cass. crim., 7 septembre 2005, DP 2005, n° 176.
Cass. crim., 14 décembre 2005, B. crim. n° 334, Dr pénal 2006 comm. 57 obs M. VERON.
Cass. crim., 5 décembre 2012, n° 12-81121, non publié au bulletin.
Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-82002, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Paris, 5 mars 1854, D. 1855, 2, 30.

CA Paris, 1^{er} juin 1948, S. 1948. 2, p. 164.
CA Paris, 18 novembre 1992, JurisData n° 1992-023355.
CA Toulouse, 22 mars 2001, JurisData n° 2001-148008,

T. corr. Seine, 23 novembre 1895, DP 1897, 2, 313.
T. corr. Seine, 18 décembre 1922, Gaz. Pal. 1923, I, 59.
T. corr. Seine, 4 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962, I, 364.
T. corr. Seine, 28 avril 1965, RSC. 1965, 876, obs. L. HUGUENEY.

II. Les instruments de protection de la confiance du public dans le code de la propriété intellectuelle : exemple de la marque de fabrique, de commerce ou de service

Juridictions internationales :

CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springenheide et Tusky, aff. C-210/96, (points 31 et 32).
CJCE, 28 janvier 1999, Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co., aff. C-303/97 (point 9).
CJCE, 12 décembre 2002, Rec. p. I-11737 ; PIBD 2003, n°759, III, 125
CJCE 27 nov. 2003, aff. C.283/01, Rec. I, p. 14313, D. 2004 p.63 ; Prop. Intl., avril 2004 p. 662, obs. Medrano-Caballero
CJCE, 16 septembre 2004, Nichols, aff. C-404/02, Recueil I, p. 8499, PIBD 2004, 796, III, 618 (point 27).
CJCE, 30 mars 2006, aff. C-259/04, Recueil I, p. 3089, PIBD 2006 830, III (point 48).
CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal, aff. C-487/07, PIBD 2009, 902, III, 1305 (point 59).

Cour de cassation :

Cass. 1^{ère} civ., 19 décembre 1967, D. 1968, jurispr. p. 277.

Cass. com., 9 novembre 1981, JCP G. 1982, II, 19797, obs. G. BONNET.
Cass. com., 6 novembre 1984, B. civ. n° 297, p. 240.
Cass. com., 28 juin 1976, B. civ. n°217, JCP E. 1978, II, 12605, obs. BURST.
Cass. com. 13 décembre 1988, PIBD 1989 III, 259,
Cass. com., 2 juin 1992, PIBD, 1992, n° 528, II, 460.
Cass. com., 18 janvier 1994, B. civ. n°28, p. 22.
Cass. com., 15 octobre 1994, PIBD 1995 582, III, 88.
Cass. com., 22 février 2005, PIBD 2005 808, III, 310»
Cass. com., 6 novembre 2006, Prop. Ind. juillet-août 2008 n°58, obs. J. LARRIEU.
Cass. com., 1^{er} juillet 2008, PIBD 2008 881, III, 529.
Cass. com. 16 décembre 2014, Comm. com. électr. 2015, comm. 11, note C. CARON.
Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-19513 et n° 15-50038, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Lyon, 24 novembre 1951, D. 1951, p. 775.
CA Paris, 16 juin 1968, D. 1989, p. 282, obs. GUSMAO.
CA Paris, 7 mai 1979, Ann. prop. ind. 1979, 306,
CA Paris, 23 juin 1981, D. 1982. jurispr. 434, note REBOUL.
CA Lyon 27 juin 1984, PIBD 1985 III, 39,
CA Paris, 9 juillet 1987, PIBD 1987, III, 422, RTD com. 1988. 436, n°6.
CA Paris, 15 mars 1988, Régie-France, D. 1988, IR 108, PIBD 1988 III, 371.
CA Paris, 15 février 1990, PIBD 1990 483, III, 489.
CA Rouen, 20 janvier 1994, PIBD 1994 III, 239.
CA Paris, 17 janvier 1996, PIBD 1996 607, III, 155.

CA Paris, 15 septembre 2004, PIBD 2005 800, III, 54.

TGI Bobigny, 22 octobre 2002, Prop. ind. 2003, comm. 27, p. 21.

Section 2 : Le comportement d'imitation d'une chose garante de la confiance du public

I. La fabrication illicite d'une chose publique

Cour de cassation :

Cass. crim., 5 octobre 1821, B. crim. an 1821, p. 484.

Cass. crim., 15 janvier 1828, B. crim. n° 22.

Cass., 12 août 1835, Journ. Du dr. crim. 1835, p. 25.

Cass. crim., 25 mars 1837, S. 38, 1, 71.

Cass. crim., 6 mai 1841, D. 1841, 1, 299, S. 1841, 1, 501.

Cass. crim., 2 juin 1853, D. 1853, 5, 225.

Cass. crim., 2 avril 1868, B. crim. n° 88.

Cass. crim. 23 novembre 1888, B. crim. 353.

Cass. crim., 2 avril 1896, B. crim n° 135, D. 1896, 1.

Cass. crim., 15 février 1930, B. crim. n° 58.

Cass. crim., 18 juillet 1963, B. crim. n° 259, D. 1963, 604, Gaz. Pal. 1964, I, 70.

Cass. crim., 13 février 1969, B. crim. n° 79, D. 1969, 269, RSC 1969, 660, obs. A. VITU.

Cass. crim., 21 février 1978, B. crim. n° 65, Gaz. Pal. 1978, I, 310, note J.-P. DOLL, RSC 1978, 855, obs. A. VITU.

Cass. crim., 13 mai 1987, B. crim. n° 196, Gaz. Pal. 1987, II, 582, RSC 1988, 99.

Cass. crim., 23 mai 2002, n° 00-87043, non publié au bulletin.

Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 62, D. 2004, somm. 2753, obs. B. DE LAMY, Dr. pén. 2004, 100 (1^{ère} espèce), obs. M. VERON.

Cass. crim., 9 mars 2004, B. crim. n° 63, p. 238 (2^{ème} espèce).

Cass. 1^{ère} civ., 5 février 2002, B. civ. n° 41, D. 2002, 1128, obs. J.-P. GRIDEL, JCP G 2002, II, 10088, note Ch. TOUBOUL.

Juridictions de fond :

CA Paris, 13 mai 1891, DP 1892, 2, 399.

CA Dijon, 3 mai 1929, D. 1929, 387.

CA Paris, 7 avril 1960, Gaz. Pal. 1960, I, 288, JCP 1960, II, 11619, RSC 1960, p. 466, obs. HUGUENEY.

CA Bordeaux, 7 décembre 1960, JCP 1961 II, 12047 (2^{ème} espèce),

CA Paris, 26 avril 1982, n° 1982-021818.

CA Paris, 4 février 1992, n° 6521/91, n° 1992-020361.

CA Aix-en-Provence, 30 juin 1992, n°1992-046125.

CA Paris, 10 novembre 1999, Gaz. Pal. 2000, I, 1323.

CA Paris, 15 décembre 2009, n° 2009-020105.

TGI Paris, 22 octobre 1968, JCP 1969, IV, 93.

T. Corr. Seine, 23 novembre 1895, DP 1897, 2, 31.

II. La fabrication illicite d'une marque de fabrique, de commerce ou de service

Juridictions internationales :

CJCE, 11 novembre 1997, *Sabel*, aff. C-251/95.

CJCE, 28 septembre 1998, *Canon*, aff. C-39/97, PIBD 1999, III, 28, RTDE 2000, p. 100, obs. G. BONET.

CJCE, 22 juin 1999, *Lloyd*, aff. C-342/97.

CJCE, 20 mars 2002, *LTJ Diffusion*, aff. C-291/00.

CJCE, 12 novembre 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01.

CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal SA et al. c/ Bellure NV*, aff. C-487/07 ; Ann. 2009, comm. 51, A. FOLLIARD-MONGUIRAL ; Comm. com. électr. 2009, comm. 111, C. CARON ; PIBD 2009, 902, III, 1305.

Cour de cassation :

Cass. crim., 8 juillet 1970, PIBD 1971, 55, III, 69.

Cass. crim., 6 mai 1984, B. crim. n° 152.

Cass. crim., 26 avril 2000, B. crim. n° 166, RLDA 2000, n° 29, p. 15, n° 181.

Cass. crim., 4 novembre 2003, n° 03-80560, non publié au bulletin.

Cass. crim., 22 mai 2007, n° 06-87520.

Cass. crim., 30 juin 2009, B. crim. n° 137, Comm. com. électr. 2009, comm. 111, C. CARON.

Cass. crim., 30 juin 2009, AJ pénal 2009. 450.

Cass. crim., 19 mars 2014, PIBD 2014, III, 368.

Cass. crim., 24 septembre 2014, n° 13-83490, non publié au bulletin.

Cass. crim., 16 juin 2015, n° 14-82595.

Cass. crim., 17 janvier 2017, n° 15-86.363, non publié au bulletin.

Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2006, JCP 2006, II, 10195, note F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. com., 27 octobre 1970, JCP 1971, II, 16669, note A. CHAVANNE, RIPIA 1971.

Cass. com., 26 janvier 1981, B. civ n° 45, p. 34.

Cass. com., 16 novembre 1981, B. civ. n° 395, p. 313, RIPIA 1981, p. 487.

Cass. com., 2 février 1988, B. civ. n° 59.

Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-19515, Ann. 1989, p. 27.

Cass. com., 18 mai 1993, B. civ. n° 196, p. 140.

Cass. com., 18 avril 2000, PIBD 2000, 700, III, 314.

Cass. com., 25 avril 2001, n° 98-16.010, PIBD 2001, 731, III, p. 593.

Cass. com., 14 janvier 2003, Comm. com. électr. Comm. 59, note C. CARON.

Cass. com., 26 novembre 2003, (cinq arrêts), D. 2004, AJ 143, obs. J. DALEAU, PIBD 2004, 781, III, 129.

Cass. com., 22 février 2005, PIBD 2005, III, 266.

Cass. com., 5 avril 2005, PIBD 2005, III, 396.

Cass. com., 12 juillet 2005, B. civ. n° 173, D. 2005, AJ 2074, obs. J. DALEAU, RTD com. 2005, 713, obs. J. AZÉMA.

Cass. com., 22 novembre 2005, PIBD 2006, 822, III, 51.

Cass. com., 15 mai 2007, PIBD 2007, 856, III, 479.

Cass. com., 19 janvier 2010, B. civ. n° 14, D. 2010, AJ 323, Propr. intell. 2011, n° 31, p. 135, obs. J. PASSA.

Cass. com., 2 février 2010, PIBD 2010, 914, III, 166.

Cass. com., 21 avril 2011, n° 10-26.969, PIBD 2011, III, p. 58.

Cass. com., 31 janvier 2012, n° 11-14317, Propr. Ind. 2012, comm. 32, obs. P. TREFINGY-GOY, JCP E 2013, chron. 1074, n° 9, obs. C. CARON.
Cass. com., 10 février 2015, n° 13-19442, PIBD 2015, III, 1024, p. 232.
Cass. com., 2 février 2016, n° 14-21338, PIBD 2016, III, 243, Propr. ind. 2016, n° 29, note P. TRÉFINY

Juridictions de fond :

CA Nancy, 14 février 1911, Ann. 1911, 232.
CA Paris, 6 novembre 1922, Ann. propr. ind. 1923, 25.
CA Paris, 3 novembre 1958, Ann. 1959, tome 1, p. 24.
CA Paris, 6 février 1960, Ann. propr. ind. 1960, 87, note P.-Y. GAULTIER.
CA Paris, 28 janvier 1972, Ann. propr. ind. 1972, 177.
CA Lyon, 28 janvier 1975, Ann. propr. ind. 1975, 273,
CA Paris, 23 mars 1977, RIPIA 1978, p. 6.
CA Paris, 23 janvier 1985, Ann. propr. ind. 1986, 47.
CA Paris, 19 novembre 1987, RDPI 1988, n° 15, p. 116.
CA Paris, 15 décembre 1987, RDPI 1988, n° 16, p. 100.
CA Paris, 11 mai 1988, RDPI 1988, n° 19, p. 91.
CA Paris, 29 mars 1989, D. 1993, somm. 113, obs. C. BURST.
CA Paris, 18 septembre 1991, Ann. propr. ind. 1992, p. 286.
CA Paris, 28 juin 2000, n° 2000-123067, PIBD 2000, n° 708, III, p. 549,
CA Paris, 27 mars 2002, D. 2003, 1428.
CA Paris, 24 septembre 2003, n° 03/02506, PIBD 2004 780, III, p. 106.
CA Versailles, 7 avril 2005, Propr. ind. 2005, comm. 85, note P. TREFIGNY.
CA Paris, 1^{er} juin 2005, n° 2005-280878
CA Paris, 18 janvier 2006, PIBD 2006, III, p. 226.
CA Paris, 8 novembre 2006, PIBD 2007, 844, III, p. 60.
CA Paris, 10 octobre 2008, PIBD 2008, III, 695, Propr. intell. 2009, n° 31, p. 190, obs. J. SABATIER.
CA Paris, 10 avril 2009, PIBD 2009, 900, III, 1234.
CA Bordeaux, 13 septembre 2010, PIBD 2010, III, 693.
CA Paris, 28 septembre 2011, n° 09/21842.
CA Paris, 1^{er} février 2012, n° 09/20084, PIBD 2012, III, p. 240.

TGI Paris, 29 mai 1986, RDPI 1986, n° 7, p. 69.
TGI Paris, 28 septembre 1988, RDPI 1989, n° 23, p. 90.
TGI Paris, 11 juin 1992, PIBD 1992, III, 530.

SECONDE PARTIE : L'IMITATION PLURILATERALE

TITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE HORIZONTALE

CHAPITRE I : IMITATION HORIZONTALE DANS UNE PLURALITE D'INDIVIDUS

Section I : Imitation et mimesis dans un groupe restreint

I. L'imitation réciproque et interactive entre les membres d'un groupe restreint

II. L'imitation dans le groupe criminel : un fait social

III. L'imitation en groupe comme expression comportementale de la mimesis sociale

Section II : Droit pénal et criminalité groupale : répression ou prévention d'une imitation plurilatérale illicite par mimétisme horizontal

I. Les infractions commises collectivement : un agir mimétique horizontal sanctionné

Juridictions internationales :

CEDH, 25 mars 1999, *aff. Pélissier c/ France*, D. 2000, 357.

Cour de cassation :

Cass. crim., 8 juillet 1813, B. crim. n° 150.

Cass. crim., 24 août 1827, B. crim. n° 224.

Cass. crim., 29 janvier 1829, B. crim. n° 22.

Cass. crim., 18 novembre 1837, B. crim. n° 405.

Cass. crim., 9 juin 1848, S. 1848, I, p. 527.

Cass. crim., 15 juin 1860, S. 1861, I, p. 368.

Cass. crim., 17 avril 1857, B. n° 155.

Cass. crim. 17 décembre 1859, B. crim. n° 281.

Cass. crim., 15 juin 1860, S. 1861, I, p. 398.

Cass. crim., 9 novembre 1860, B. crim. n° 229.

Cass. crim. 24 juin 1922, S. 1923, I, 41, note J.-A. ROUX.

Cass. crim., 13 février 1926, B. crim. n° 64.

Cass. crim., 10 janvier 1952, JCP G 1952, IV, p. 38.

Cass. crim., 23 mars 1953, B. crim. n° 103.

Cass. crim., 7 décembre 1954, D. 1955, 221.

Cass. crim., 14 décembre 1955, B. crim. n° 56.

Cass. crim., 22 mai 1957, B. crim. n° 436.

Cass. crim., 15 octobre 1959, B. crim. n° 435.

Cass. crim., 12 octobre 1961, B. crim. n° 399, RSC 1963, p. 103, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim., 25 octobre 1962, B. crim. n° 292, p. 606.

Cass. crim., 22 mars 1966, JCP G 1967, II, 14970, note A. RIEG, RSC 1968, p. 67, obs.

A. LEGAL.

Cass. Crim., 7 mars 1969, B. crim. n° 81.

Cass. crim., 28 juillet 1969, B. crim. n° 239.

Cass. crim., 13 juin 1972, B. crim. n° 195, RSC 1973, p. 882, obs. J. LARGUIER.
 Cass. crim., 5 octobre 1972, B. crim. n° 269.
 Cass. crim., 25 janvier 1973, Gaz. Pal. 1973, I, 94.
 Cass. crim., 23 mai 1973, JCP G 1974, II, 17675, note D. MAYER, RSC 1974, p. 579, obs. J. LARGUIER
 Cass. crim., 31 janvier 1974, JCP G 1975, II, 17984, note A. MAYER-JACK.
 Cass. crim., 6 février 1975, B. crim. n° 43.
 Cass. crim., 25 février 1975, B. crim. n° 65.
 Cass. crim., 10 avril 1975, B. crim. n° 90.
 Cass. crim., 28 avril 1981, B. crim. n° 129.
 Cass. crim., 16 janvier 1986, B. crim. n° 25, D. 1986, 265, note J. PRADEL, JCP 1987, II, 20774, note G. ROUJOU DE BOUBEE.
 Cass. crim., 15 novembre 1989, B. crim. n° 421.
 Cass. crim., 28 octobre 1992, B. crim. n° 347.
 Cass. crim., 21 mai 1996, B. crim. n° 206, Dr. pén. 1996, comm. 213, note M. VERON.
 Cass. crim., 30 octobre 1996, B. n° 384.
 Cass. crim., 4 novembre 1998, RSC 1999, p. 323.
 Cass. crim., 12 septembre 2001, B. crim. n° 177.
 Cass. crim., 6 février 2002, Dr. pén. 2002, 69, obs. M. VERON.
 Cass. crim., 27 mai 2004, B. crim. n° 141, RSC 2004, p. 881, note Y. MAYAUD.
 Cass. crim. 2 septembre 2005, B. crim. n° 212, D. 2005, p. 2986.
 Cass. crim., 15 mars 2006, B. crim. n° 78.
 Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80024, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Aix-en-Provence, 14 mars 2001, n° 2001-143774.
 CA Caen, 31 octobre 2007, n° 07/0085.

II. La répression des infractions collectives par nature : une prévention possible mais non exclusive de l'imitation plurilatérale criminelle

Juridictions internationales :

CEDH, 27 mars 2008, *Delespesse c/ Belgique*, n° 12949/05.

Cour de cassation :

Cass. crim., 7 juin 1951, RSC 1951, p. 666, obs. L. HUGUENEY.
 Cass. crim., 26 janvier 1954, B. crim. n° 23.
 Cass. crim., 2 décembre 1964, B. crim., n° 319.
 Cass. crim., 11 juin 1970, B. crim. n° 199, RSC 1971, p. 108, obs. A. VITU.
 Cass. crim., 7 février 1973, B. crim. n° 67.
 Cass. crim., 16 janvier 1985, B. crim. n° 30.
 Cass. crim., 15 décembre 1993, Dr. pén. 1994, 131.
 Cass. crim., 30 avril 1996, B. crim. n° 176.
 Cass. crim., 21 mai 1996, B. crim. n° 206, Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. VERON, RSC 1997, p. 101, obs. B. BOULOC.
 Cass. crim., 28 février 2001, n° 00- 84108, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 17 octobre 2001, n° 01-81453, non publié au bulletin.
 Cass. crim., 21 mai 2014, B. crim. n° 136.
 Cass. crim., 2 décembre 2015, B. crim. n° 276.
 Cass. crim., 8 juillet 2015, Dr. pén. 2015, comm. 120, obs. Ph. CONTE.

Cass. crim., 7 octobre 2016, n° 16-84597, à paraître au bulletin.
Cass. crim., 12 juillet 2016, n° 16-82692, à paraître au bulletin.
Cass. crim., 11 janvier 2017, n° 16-80.610, à paraître au bulletin.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 2 mars 2004, DC n° 2004-492.

CHAPITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE DANS UNE MULTITUDE D'INDIVIDUS

Section I : La foule ou la masse criminelle comme une multitude agissante

I. Définition et composition de la foule criminelle

II. Éléments de compréhension des phénomènes de foule applicables à la foule criminelle

Section II : Infractions et mesures destinées à prévenir ou réprimer une imitation illicite plurilatérale par contagion

Conseil d'Etat :

CE, 6 août 1915, *Delmotte*, D. 1916, III, 1, Lebon p. 275.

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Lebon p. 541, S. 1934, I.

I. La manifestation et l'attroupement : des exemples de foules réglementées ou tolérées

Juridictions internationales :

CEDH, 21 juin 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c/ Autriche*, n° 10126/82.

CEDH, 16 juin 2009, *Association Solidarité des français c/ France*, n° 26787-07.

Cour de cassation :

Cass. crim., 4 décembre 1903, DP 1903, 1, 623.

Cass. crim., 4 mai 1935, D. 1935, 34.

Cass. crim., 9 janvier 1948, B. crim. n° 9.

Cass. crim., 23 mai 1955, B. crim. n° 258, D. 1955, 655, RSC 1955, 679, obs.

L. HUGUENEY.

Cass. crim., 15 mars 1983, B. crim. n° 82.

Cass. crim., 2 avril 1998, B. crim. n° 130.

Cass. crim., 25 février 2014, B. crim. n° 55.

Cass. crim., 9 février 2016, n° 14-82.234, JCP S 2016, II, 1130, note H. GUYOT, JCP 2016, II, 465, note P. COLLET, Dr. pén. 2016, comm. 74, obs. Ph. CONTE.

Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1986, B. civ. n° 6, p. 5.

Conseil Constitutionnel :

Cons. const., 18 janvier 1995, DC n° 94-352.

Conseil d'Etat :

CE, 5 février 1937, *Bujadoux*, Lebon p. 153.

CE, 21 janvier 1966, *Legastelois*, Lebon p. 45.

CE, 12 octobre 1983, *Commune de Vertou*, Lebon p. 406.

CE, 12 novembre 1997, *Communauté tibétaine en France*, Lebon p. 417.

Juridictions de fond :

CA, 5 janvier 2007, n° 300311.

CAA Paris, 19 janvier 1995, req. n° 94 PA 00 104.

TGI Versailles, 2 juillet 1996, n° 1097.

TA Paris, 17 janvier 2015, req. n° 1500681.

II. Réponse législative visant les débordements d'une foule criminelle ou détournée à des fins criminelles

Juridictions internationales :

CEDH, 5 mars 2009, *Barroco c/ France*, n° 31684/05.

Cour de cassation :

Cass. crim., 28 juin 1995, n° 94-85967, non publié au bulletin.

Cass. crim., 7 juin 2001, n° 00-87862, non publié au bulletin.

Cass. crim. 11 juin 2003, B. crim. n° 121.

Cass. crim. 8 mars 2005, B. crim. n° 77.

Cass. crim., 11 décembre 2007, n° 06-88503, non publié au bulletin.

Cass. crim., 25 juin 2013, B. crim. n° 161.

Cass. crim., 29 novembre 2016, n° 16-80161, non publié au bulletin.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 25 février 2010, DC n°2010-604.

Conseil d'Etat :

CE, 7 mars 1980, *SARL Cinq-sept et autres*, Lebon p. 129, concl. J. MASSOT.

CE, 29 mars 2017, *Lefèvre*, n° 407230, Dalloz actualité, 31 mars 2017, obs. C. FLEURIOT.

Juridictions de fond :

TGI Strasbourg, 27 mars 2007, n° 2007- 331762.

TA Caen, 28 avril 2010, req. n° 0900657, AJDA 2010, 1614.

TITRE II: L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE

CHAPITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE OU IMITATION PROVOQUÉE

Section I : Les interactions meneur/ menés(s) dans l'imitation plurilatérale verticale

I. La puissance suggestive du meneur

II. La mise en actes d'une imitation plurilatérale verticale ou imitation(s) provoqué(s)

Section II : La provocation à l'imitation en droit pénal

I. Des provocations illicites à l'agir mimétique illicite

Cour de cassation :

- Cass. crim., 10 novembre 1899, DP 1901, 1, 373.
Cass. crim., 24 décembre 1942, JCP 1944, II, 2651 (2^{ème} espèce).
Cass. crim., 22 juillet 1943, JCP 1944, II, 2651 (3^{ème} espèce).
Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D. 1945, 265.
Cass. crim., 21 octobre 1953, JCP 1953, IV, 165.
Cass. crim., 24 juillet 1958, B. crim. n° 573.
Cass. crim., 21 janvier 1959, B. crim. n° 59.
Cass. crim., 3 mars 1959, B. crim. n° 145, RSC 1966, 339, obs. A. LEGAL.
Cass. crim., 24 mars 1960, D. 1960, 764.
Cass. crim., 30 janvier 1962, B. crim. n° 70.
Cass. crim., 6 mars 1969, B. crim. n° 111.
Cass. crim., 29 mars 1971, B. crim. n° 112, p. 282.
Cass. crim., 26 janvier 1972, B. crim., n° 35, Gaz. Pal. 1972, II, 718, 867, obs. A. VITU.
Cass. crim., 10 janvier 1973, B. crim. n° 14, RSC 1974, 580, obs. J. LARGUIER.
Cass. crim., 24 juill. 1985, Gaz. Pal. 1986, I, 114.
Cass. crim., 15 mai 1987, B. crim. n° 198, Gaz. Pal. 1987, II, 66.
Cass. crim., 28 juin 1993, Gaz. Pal. 1993, II, 470.
Cass. crim., 21 septembre 1994, Dr. pén. 1995, 2, obs. M. VERON, RSC 1995, 343, obs. B. BOULOC.
Cass. crim., 18 mars 2003, B. crim. n° 70, Dr. pén. 2003, comm. 95, obs. M. VERON.
Cass. crim., 18 mars 2014, n° 13-82466, non publié au bulletin.
Cass. crim., 29 avril 2014, n° 12-87650, non publié au bulletin.
Cass. crim., 27 octobre 2015, B. crim. n° 232, Dr. pén. 2016, comm. 1, obs. Ph. CONTE.
Cass. crim., 26 octobre 2016, n° 15-85956, non publié au bulletin.

Cass. Ass. Plén., 20 janvier 1964, JCP 1965, II, 13983, note P. BOUZAT,

Juridictions de fond :

- CA Toulouse, 24 janvier 2005, n° 04/00185, D. 2005, Pas. 2990, obs. Th. GARE.
CA Aix-en-Provence, 15 décembre 2006, n° 2006-331719.

II. Des agirs mimétiques illicites provoqués par persuasion

Juridictions internationales :

CEDH, 2 octobre 2008, *Leroy c/ France*, n° 36109/03 ; Comm. com. électr. 2009, comm. 49, note A. LEPAGE ; JCP G 2008, I, 209, n° 5, note. B. DE LAMY.
CEDH, 15 janvier 2009, *Orban c/ France*, n° 20985/05

Cour de cassation :

Cass. crim. 5 janvier 1883, B. crim. n° 190, DP 1884, 1, p. 95.
Cass. crim., 13 avril 1911, B. crim. n° 210.
Cass. crim., 29 octobre 1936, B. crim. n° 89.
Cass. crim., 8 août 1949, B. crim. n° 283.
Cass. crim., 1^{er} février 1950, D. 1950, 230.
Cass. crim. 11 février 1954, Gaz. Pal. 1954, I, 131, RSC 1954, p. 367, obs. L. HUGUENEY.
Cass. crim., 23 février 1954, B. crim. n° 85, D. 1955, 465.
Cass. crim., 25 février 1954, B. crim. n° 89.
Cass. crim., 23 mai 1955, B. crim. n° 258, D. 1955, 655.
Cass. crim. 26 juillet 1955, B. crim. n° 371.
Cass. crim., 21 novembre 1957, B. crim. n° 762.
Cass. crim., 30 janvier 1964, B. crim. n° 38.
Cass. crim., 5 avril 1965, B. crim. n° 114.
Cass. crim., 24 octobre 1967, B. crim. n° 263.
Cass. crim., 11 juillet 1972, B. crim. n° 236.
Cass. crim., 8 octobre 1974, B. crim. n° 280.
Cass. crim., 2 novembre 1978, B. crim. n° 294.
Cass. crim., 12 juillet 1983, B. crim. n° 22.
Cass. crim., 16 juillet 1992, B. crim. n° 273.
Cass. crim., 24 novembre 1992, B. crim. n° 385.
Cass. crim., 26 janvier 1993, B. crim. n° 41.
Cass. crim., 29 mars 1994, B. crim. n° 119.
Cass. crim., 28 juin 1995, n° 94-85.967, non publié au bulletin.
Cass. crim., 9 octobre 1995, n° 92-83665, non publié au bulletin.
Cass. crim., 4 novembre 1997, n° 96-84338, non publié au bulletin.
Cass. crim., 7 avril 1998, B. crim. n° 137.
Cass. crim., 5 octobre 1999, B. crim. n° 203.
Cass. crim., 30 janvier 2001, B. crim. n° 28, p. 75, JCP G 2001, II, 10515, note A. LEPAGE.
Cass. crim., 2 mars 2004, n° 03-82549, non publié au bulletin, Dr. pén. 2004, comm. 104, note M. VERON.
Cass. crim., 7 décembre 2004, B. crim. n° 310, Dr. pén. 2005, comm. 20, note M. VERON.
Cass. crim., 7 décembre 2004, n° 03-82.832, Gaz. Pal. 2005, 152, 24.
Cass. crim., 1^{er} septembre 2005, n° 04-85542, non publié au bulletin, Dr. pén. 2005, comm. 172, note
Cass. crim., 29 janvier 2008, B. crim. n° 25, AJP 2008, p. 141, obs. M.-E. CHARBONNIER, D. 2009, p. 1779, obs. J.-Y. DUPEUX.
Cass. crim., 3 février 2009, n° 08-85220, non publié au bulletin.
Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-85249, non publié au bulletin, Dr. pén. 2009, comm. 105, obs. M. VERON.
Cass. crim., 16 mars 2010, n° 09-84.160, non publié au bulletin, Comm. com. électr. 2010, comm. 67, obs. A. LEPAGE.
Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90.008, non publié au bulletin.
Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90.010, non publié au bulletin.
Cass. crim., 9 décembre 2014, B. crim. n° 259, Comm. com. électr. 2015, comm. 13, obs. A.

LEPAGE, D. 2015, p. 342, obs. E. DREYER.
Cass. crim., 6 janvier 2015, n° 13-87885, non publié au bulletin, D. 2016, pan., p. 282, obs. E. DREYER
Cass. crim., 3 novembre 2015, n° 14-83.128, non publié au bulletin, D. 2016, 282, obs. E. DREYER.
Cass. crim., 15 décembre 2015, B. crim. n° 297.
Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-84511, à paraître au bulletin.
Cass. crim., 17 mars 2015, B. crim. n° 56, Comm. com. électr. 2015, comm. 43, A. LEPAGE
Cass. crim., 11 juillet 2017, à paraître au bulletin.

Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 2002, n° 00-16985, non publié au bulletin, Dr. pén. 2002, comm. 51, note M. VERON

Conseil d'Etat :

CE, 14 novembre 2011, req. n° 340753.

Juridictions de fond :

CA Toulouse, 19 janvier 1894, D. 1894, 2, 8.
CA Nancy, 9 octobre 1950, Gaz. Pal. 1951, I, 151.
CA Agen, 13 novembre 1987, n° 87-0423.
CA Paris, 6 juillet 1988, n° 643/88.
CA Paris, 20 novembre 1991, n° 90-9088 et 91-0386.
CA Paris, 16 décembre 1993, n° 5865/93.
CA Pau, 27 mars 1996, n° 1996-043191.
CA Paris, 26 septembre 1996, n° 1547/95.
CA Papeete, 16 octobre 1997, n° 1997-056509.
CA Paris, 7 avril 1999, n° 98/06817.
CA Paris, 27 mai 1998, n° 9141/97.
CA Paris, 23 juin 2000, Légipresse, nov. 2000, III, p. 182, note C. ROJINSKY
CA Paris, 5 juin 2003, n° 2002/10950, Comm. com. électr. 2004, comm. 35, note A. LEPAGE.
CA Paris, 2 juin 2004, n° 03/05005.
CA Nîmes, 20 septembre 2013, n° 13/00687, Comm. com. électr. 2014, comm. 38, A. LEPAGE.

T. corr. Bourges, 19 juillet 1934, D. 1934, 2, p. 121, note H. DESBOIS.
TGI Paris, 12 septembre 1995, n° 95/0120472/5.
TGI Paris, 7 mars 2005, Comm. com. électr. 2005, comm. 144, obs. A. LEPAGE.

CHAPITRE II : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITES DU PROVOCATEUR ET DU PROVOQUE

Section I : La faute de la faute : la responsabilité et l'imputation du provocateur

I. La contribution causale de la provocation

Cour de cassation :

Cass. crim., 5 janvier 1883, D. 1884, 1, 95.
Cass. crim., 18 septembre 1890, D. 1891, 1, 186.
Cass. crim., 29 mars 1971, B. crim. n°112.
Cass. crim., 7 décembre 1993, B. crim. n° 374.

Cass. crim., 13 novembre 2001, B. crim. n° 234.

Juridictions de fond :

CA Montpellier, 16 décembre 1964, D. 1965, 459.

CA Paris, 13 septembre 2001, D. 2002, IR 44.

II. L'absence d'homogénéité dans la répression de la provocation ou de l'instigation : proposition d'une nouvelle qualification de participation en matière d'instigation par provocation

Cour de cassation :

Cass. crim., 8 juillet 1813, B. crim. n° 150.

Cass. crim., 12 février 1874, D. 1875, 1, 482.

Cass. crim., 26 juin 1885, B. crim. n° 186.

Cass. crim., 31 octobre 1889, B. crim. n° 225.

Cass. crim., 31 août 1899, D. 1902, 1, 331.

Cass. crim., 13 juin 1902, B. crim. n° 220.

Cass. crim., 25 mai 1938, DH. 1938, p. 453.

Cass. crim., 8 juin 1993, B. crim. n° 203, RSC 1993, p. 774, obs. G. LEVASSEUR.

Cass. crim., 1^{er} février 2000, Dr. pén. 2000, comm. 59, obs. J.-H. ROBERT.

Section II : La responsabilité et la peine du provoqué suggestionné

I. La limitation des causes « excusant » la provocation à des actes d'imitation illicites

Cour de cassation :

Cass. crim., 12 juin 1896, B. crim. n° 189.

Cass. crim., 17 janvier 1936, Gaz. Pal. 1936, I, 320.

Cass. crim., 23 février 1950, D. 1951, jurispr. p. 217, note P. MIMIN.

Cass. crim., 13 janvier 1956, B. crim. n° 14.

Cass. crim., 15 avril 1959, B. crim. n° 22.

Cass. crim., 3 décembre 1963, B. crim. n° 345.

Cass. crim., 14 juin 1972, B. crim. n° 523.

Cass. crim., 26 octobre 1976, B. crim. n° 300.

Cass. crim., 17 février 1981, JCP G 1981, IV, p. 156.

Cass. crim., 14 décembre 1982, Gaz. Pal. 1982, I, 178.

Cass. crim., 16 avril 1985, B. crim. n° 140.

Cass. crim., 23 mai 1989, JCP G 1989, IV, p. 296.

Cass. crim., 23 janvier 1997, B. crim. n° 32, D. 1997, 147, note J. PRADEL, JCP 1997, II, 22812, note J.-H. ROBERT, Gaz. Pal. 1997, I, 185.

Cass. crim., 18 février 1998, B. crim. n° 66.

Cass. crim., 13 avril 1999, B. crim. n° 77.

Cass. crim., 10 mai 2006, n° 05-82971, non publié au bulletin, Dr. pén. 2006, comm. 135, M. VERON, D. 2006, p. 2220, note E. DREYER.

Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-88.562, non publié au bulletin.

Cass. crim., 15 mars 2016, n° 15-90022, B. crim. n° 80, Comm. com. électr. 2016, comm. 53, note A. LEPAGE.

Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66213, non publié au bulletin.

Juridictions de fond :

CA Paris, 27 mai 1970, RSC 1971, 119, obs. G. LEVASSEUR.

CA Versailles, 6 janvier 1982, Gaz. Pal. 1983, II, 288.

CA Aix-en-Provence, 22 décembre 1987, n° 1987-048904.

CA Pau, 27 mars 1996, n°1997-056509.

CA Paris, 7 janvier 1998, Dr. pén. 1998, comm. 66.

CA Nîmes, 1^{er} mars 2001, n° 2001-146578

T. simple pol. Lyon, 2 septembre 1908, DP 1908, 5, 63.

T. corr. Grasse, 26 février 1966, Gaz. Pal. 1966, I, 136.

II. Adaptation nécessaire de la sanction et de la peine du provoqué à l'infraction

Juridictions internationales :

CEDH, 11 avril 2006, *Léger c/ France*, n° 19324/01 ; D. 2006, 1800, note J.-P. CERE, RSC 2007, p. 134, obs. F. MASSIAS.

CEDH, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09.

Cour de cassation :

Cass. crim., 1^{er} février 2017, n° 15-83.984, à paraître au bulletin.

Conseil constitutionnel :

Cons. Const., 22 juillet 2005, DC n° 2005-520.

Juridictions de fond :

CE, 19 juillet 2011, *Christian et Ophélie A.*, n° 335625, Rev. pénit. p. 923, obs. E. PECHILLON.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus d'autorité :

- moyen de provocation : 1156, 1163

Abus de faiblesse : 1169-1171

Agir mimétique :

- définition : 26, 66-69

Apologie : 1188-1190, 1220

Association de malfaiteurs : 956-965, 967-968

Association de terroristes : 962

Auteur :

- juridique : 898, 1219, 1257
- matériel : 1215, 1255, 1259, 1263
- médiat : 1258
- moral : 1257-1261, 1262-1266
- principal : V. Coaction et différence avec la complicité.

B

Bande organisée : 966-969

C

Caricature : 601-603

Causalité :

- certaine : 1240-1241
- objective : 1248, 1251-1252, 1304
- subjective : 1230, 1242-1244, 1247-1248, 1251-1252
- virtuelle : 1245-1250

Coaction :

- définition : 894-954
- et différence avec la complicité : 893, 896-897

Coauteur :

- définition : V. Coaction.
- moral : 1261

Communication :

- des circonstances aggravantes : 953

- et provocation : 1191-1202

Complicité :

- corespective : 897, 952-954
- par instruction : 1147
- par provocation : 1145, 1148, 1254-1256

Contagion :

- mentale ou morale : 1007-1010, 1060, 1063, 1068, 1079, 1096, 1119, 1131
- sociale : 51, 67

Contrainte :

- provocation par - : 1163-1164, 1238-1239, 1244, 1268
- cause de non-imputabilité : 1272-1273

Coopération mutuelle :

- dans un rapport horizontal : 882, 920, 1024-1025
- dans un rapport vertical : 1132, 1214

Criminalité organisée : 955

Culpabilité : 1227

D

Diplômes :

- définition : 335-336

Délit d'appartenance : 963

Don :

- moyen de pression : 1159

E

Entente :

- horizontale : 899, 904
- V. Coopération mutuelle horizontale.
- verticale : V. Coopération mutuelle verticale.

Erreur :

- de droit : 373, 395, 412, 442, 445, 608, 618, 1073
- de fait : 372, 395, 412, 442, 445, 608, 618

Escroquerie : 150, 231, 341-347, 409, 420, 664, 759

Excitateur :

- de foule : 994, 997, 999, 1012-1013, 1019, 1051, 1056, 1063, 1069, 1070, 1072, 1080-1081, 1110

Excuse de provocation : V. Injure.

Exercice illégal de profession :

- généralité : 332-334
- avocat : 425-429, 440-441
- médecin : 416-423, 432-439

F

Facilitation sociale : 865, 870

Falsification : 318, 666-677, 725, 729-739

Faux :

- et identité : 116, 142, 150
- documents : 317-318, 654, 672-685, 732-735

Faux artistique : 223-267

Fonction sociale : 278, 282-287, 783

Fonction publique :

- définition : 312-315

Foule :

- généralité : 52, 862, 974-1096
- définition : 980-991
- complexe : 1006, 1021, 1023, 1025, 1072
- criminelle : 977, 990, 997, 1026, 1056, 1066, 1067, 1070, 1074-1089

G

Groupe :

- d'appartenance : 53, 282-283, 1111
- de référence : 53, 875, 887
- restreint : 52, 858-972
- multitude : V. Foule, généralité

H

Habitude :

- collective : 46-48
- individuelle : 47-48

Homicide : 931, 942-943, 962

I

Identité :

- définition : 97-136
- personne physique : 110-117
- personne morale : 134-135

- supports de l' - : 137-146

Identité de qualifications : 889

Imitation :

- définition de l'imitation- reproduction : 71
- définition de l'imitation-simulacre : 72

Imprudence : 954, 1090-1091

Imputabilité :

- causes de non - : 1268, 1272

Indépendance morale : 908, 921-922

Indivisibilité : 918, 929, 936-950

Infraction :

- collective par nature : 955-965
- commise collectivement : 890-954
- de contrefaçon : 457-462, 563-609, 622-640, 742-777, 788-827
- de ressemblance : 364-367, 390-393, 740, 756-763, 800, 1318.

Injure : 1276-1285

Invention :

- définition : 489-524

J

Juxtaposition d'actions : 898, 900, 909, 954

L

Légitime défense : 1054, 1073, 1273

Liberté d'expression : 210, 214, 601, 832, 834, 1030, 1036, 1186, 1207, 1279

Libre arbitre : 876, 884, 1026, 1072, 1168, 1227, 1243-1244, 1272, 1274-1275, 1306, 1309

M

Manipulation mentale : 52, 1168-1174, 1250, 1254, 1258, 1265, 1272

Menace :

- moyen de provocation : 1155

Mené :

- dans la foule : 998, 1106-1134

Meneur :

- de foule : 993-997, 1006, 1012-1013, 1069, 1072, 1126-1130
- provocateur : 1105, 1108-1121

Mensonge :

- sur le nom : 149-150, 195, 450
- et faux artistique : 239, 275
- et qualité : 342-347
- et fonction : 382, 392

- et faux : 732-736
- et falsification : 737-739
- et marques : 788-790

Méprise :

- définition : 5, 73-74
- et chose publique : 740, 749, 753, 756, 759-760, 765
- et création : 578-581, 593, 597-599, 601-602, 604, 619, 628, 643-644
- et identité : 164-168, 201-209, 241
- et marques : 803, 806-811, 818-820, 822-823, 825-826, 832
- et personnage : 356-362, 364-368, 380-393, 404, 406, 408, 410, 416, 426, 434, 447, 453

Mimesis :

- antique : 11-22
- contemporaine : 23-31
- sociale : 26-28, 68, 853, 877-885, 929, 937, 939, 954, 957, 1108, 1122, 1129, 1132, 1134, 1215, 1230, 1244, 1258

V. Agir mimétique

Minorité : 1073, 1271, 1306

Modèle :

- définition : 65-66

Mouvement de foule : 977, 980, 987-988, 991, 997-998, 1003, 1011, 1021, 1029, 1068-1069, 1083, 1087, 1089

N

Négligence : V. Imprudence

O

Œuvre :

- définition : 469-488

Ordre : 1156

P

Parodie : V. Caricature

Pastiche : V. Caricature

Personne morale :

- fiction : 78
- Identité de la - : 134-135

Port illégal de costume ou uniforme : 351-377

Préméditation : 903, 939, 942, 967-968, 1070, 1078

Pression : 1057

Promesse : 1160

Provocation :

- et complicité : 1145-1149, 1256
- qualification autonome : 1150, 1262-1265

Q

Qualité :

- officielle : 337-340
- non-officielle : 341-347

R

Récidive : 47, 885, 953, 1291-1297, 1303

Risque :

- de méprise : V. Méprise.

S

Scène unique de violences : 928, 930-954, 1083, 1319

Signature : 114-116., 227, 234-236, 244-245, 252, 263, 532, 680, 683, 733, 735

Signe :

- de l'artiste : 246
- vestimentaire : V. Vêtement.

Simulacre :

- définition : 17

V. Imitation-simulacre

Suggestion : 1012-1013, 1015, 1017, 1019-1021, 1065, 1068-1072, 1081, 1117-1121, 1126, 1274-1275

T

Théorie de l'unité de l'art : 464, 488, 622

Titre :

- définition : 321-334

Tromperie :

- et provocation : 1165

U

Unité de qualification : V. Identité de qualification

Usurpation :

- d'identité : 148-222, 234-256, 611
- de fonction : 378-397
- de titre, diplôme ou qualité : 398-412

V

Vêtement : 293-302

V. Port illégal de costume ou uniforme

Violences :

- scène unique de - : V. Scène unique de violence
- moyens de provocation : 1158

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	5
SOMMAIRE	7
AVERTISSEMENT	9
INTRODUCTION.....	13
Section I : De la <i>mimesis</i> à l'imitation. compréhension de l'imitation par les sciences humaines et sociales	19
I. L'imitation conçue comme une expression de la <i>mimesis</i>	20
Paragraphe 1. Les classiques et la <i>mimesis</i> : les deux fonctions de la <i>mimesis</i>	20
A. <i>Mimesis</i> , apprentissage et éducation.....	21
B. <i>Mimesis</i> , esthétisme et art	22
Paragraphe 2. L'adaptation contemporaine de la notion de <i>mimesis</i> : la <i>mimesis</i> , plus qu'une simple imitation	26
A. La fonction symbolique de la <i>mimesis</i>	27
B. Le concept de mimésis sociale	28
C. Mimésis et violence sociale.....	30
II. Imitation et développement individuel.....	32
Paragraphe 1. L'homme naît imitateur : apports de la psychologie génétique	32
Paragraphe 2. Les neurones-miroirs, supports biologiques de l'imitation : apports de la neurologie	34
Paragraphe 3. L'imitation, une question d'identité et d'identification : apports de la psychanalyse.....	36
III. Imitation et faits sociaux.....	38
Paragraphe 1. Imitation et apprentissage social : apports de la psychologie sociale	38
Paragraphe 2. Apprentissage du crime par imitation : apports de la criminologie	40
Paragraphe 3. L'imitation dans les groupes sociaux	44
Section II : Vers l'élaboration du concept d'imitation dans le champ pénal	48
I. Définition et critères du comportement d'imitation	48
Paragraphe 1. Définition conceptuelle de l'imitation	49
Paragraphe 2. Critères d'un comportement d'imitation	51
A. L'existence d'un modèle : une imitation personnelle ou matérielle.....	51
B. La représentation du modèle : une imitation individuelle ou collective	52
C. Une intention d'imiter le modèle : une imitation unilatérale ou plurilatérale	52
D. Un comportement de reproduction ou de copie	54
E. Un effet sur le public : la potentialité de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.....	55
II. Méthode pour élaborer le concept d'imitation dans le champ pénal.....	57
L'IMITATION UNILATERALE	63
TITRE I : L'IMITATION UNILATERALE DES ATTRIBUTS IDENTIFICATOIRES	67
CHAPITRE I : L'IMITATION UNILATÉRALE D'UNE PERSONNE	69
Section I : La protection pénale des attributs identitaires	70
I. Une définition pénale de l'identité restreinte mais extensible	70
Paragraphe 1. La protection classique de l'identité en droit pénal.....	72
A. Proposition d'une définition classique de l'identité en droit pénal.....	73
1) Une conception classique de l'identité	74
2) Le contenu de l'identité classique au sens pénal : le nom et ses accessoires	76
B. L'identité matérialisée par la signature.....	78
Paragraphe 2. La protection des données personnelles identifiantes.....	80
A. Les données d'identification numériques et techniques.....	82
B. Les données naturelles de la personne.....	84

Paragraphe 3. La protection pénale de l'identité de la personne morale	88
II. Les différents supports de l'identité	89
Paragraphe 1. Les supports matériels d'identité	89
Paragraphe 2. L'identité dématérialisée sur les réseaux de communication électronique ...	92
Section II : Les usurpations d'identité. La répression possible de l'imitation unilatérale illicite d'une personne	95
I. La prise du nom d'un tiers pour éviter les poursuites pénales : une imitation de personne	99
Paragraphe 1. La prise du nom d'un tiers : création d'une illusion d'identité dans la commission d'une infraction	99
A. La prise de nom lors de la commission d'une infraction.....	100
B. La constatation de l'existence d'un tiers	101
Paragraphe 2. La volonté de l'appropriation du nom d'un tiers : représentation d'un modèle dans l'esprit de l'agent.....	102
Paragraphe 3. La prise du nom d'un tiers pour échapper aux poursuites : incrimination pénale d'un comportement d'imitation unilatérale d'une personne	104
II. L'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal : une imitation de personne.....	108
Paragraphe 1. Une appropriation illicite et volontaire de l'identité d'autrui	109
A. L'appropriation de l'identité d'une personne : création d'une certaine confusion d'identité.....	109
B. La représentation nécessaire du tiers dans l'esprit de l'agent.....	111
1) L'appropriation de l'identité d'un tiers.....	111
a) L'usurpation de l'identité d'autrui : une appropriation personnelle consistant à « se faire passer pour ».....	112
b) L'utilisation des données de nature à permettre l'identification d'un tiers : un comportement plus large consistant à « faire usage de »	114
2) La représentation du tiers dans l'esprit de l'agent.....	118
3) L'usurpation d'identité conçue comme un comportement d'imitation unilatérale	121
a) L'utilisation de véritables éléments identificatoires : appréciation d'une imitation-reproduction dans laquelle l'aptitude à causer une méprise doit être présumée.....	122
b) L'utilisation des éléments identificatoires ressemblants : appréciation d'une imitation-simulacre.....	125
Paragraphe 2. L'exigence d'un dol spécial : une imitation en vue de nuire	126
A. Le trouble à la tranquillité de la victime ou celle d'un tiers par l'imitateur.....	128
B. L'atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime.....	131
III. Une imitation de personne prévue par la loi des 9-12 février 1895 sur le faux artistique	135
Paragraphe 1. Les difficultés d'application de la loi de 1895 sur le faux artistique.....	136
Paragraphe 2. Usurpation d'identité en matière de faux artistique	139
A. Les éléments constitutifs des délits en matière de faux artistique	139
1) Le fait d'apposer ou de faire apparaître un nom usurpé sur une œuvre.....	141
a) Des comportements différents de l'imitation de la signature ou du signe d'un créateur	141
b) Des comportements d'imitation réprimés par la loi de 1895	143
2) Le fait d'imiter la signature ou un signe identifiant l'artiste	145
a) L'élément matériel de l'imitation de la signature ou du signe adopté par un créateur	145
b) L'intention de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur	148
B. Les lacunes de la loi en matière de faux artistique	150
1) Une lacune incontestable de la loi de 1895 tenant à la limitation des objets comme supports de l'identité protégée de l'artiste.....	150
2) La relativité de certaines lacunes de la loi de 1895	152
3) Utilité d'une nouvelle rédaction de l'infraction relative à la fausse attribution d'une œuvre	154
CONCLUSION DU CHAPITRE I	157

CHAPITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UN PERSONNAGE	161
Section I : La protection pénale de certains attributs symboliques des fonctions sociales	163
I. Rôles sociaux et attributs symboliques d'une fonction sociale.....	163
II. La protection pénale des attributs symboliques de l'autorité publique et/ou réglementés par l'autorité publique	166
Paragraphe 1. La protection des signes de l'autorité publique et des fonctions publiques.....	166
A. Les signes vestimentaires réglementés	167
1) La protection des tenues vestimentaires réglementées	168
a) La protection des tenues vestimentaires officielles	169
b) La protection élargie des tenues vestimentaires réglementées	173
2) Les autres signes réglementés	174
a) La protection des documents, insignes ou véhicules réglementés	175
b) La protection élargie de certains documents, insignes ou véhicules et autres emblèmes ou dénominations symboliques	176
B. La protection des fonctions publiques	177
1) Une protection étendue des actes réservés à l'exercice d'une fonction publique	177
2) La protection des documents réservés à l'exercice d'une fonction publique.....	181
Paragraphe 2 : La protection pénale des titres, diplômes et qualités officiels	183
A. La protection des titres attachés aux professions réglementées par l'autorité publique.....	183
1) La protection du titre officiel	184
a) La protection des titres attachés aux professions juridiques et judiciaires	185
b) La protection des titres attachés aux professions de santé réglementées	185
2) La protection de la profession distincte de la protection du titre.....	187
B. La protection des diplômes officiels.....	189
C. La protection de la qualité officielle	190
1) La protection des qualités attribuées par ou sous le contrôle de l'État	190
2) La protection possible de qualités contre l'usage de fausses qualités	191
Section II : L'incrimination de l'imitation d'un personnage	195
I. L'imitation de personnage par le port ou l'usage public et sans droit de signes officiels de l'autorité publique	196
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par port ou usage de signes officiels.....	196
A. La création d'une apparence illusoire par le port ou l'usage publics d'un signe officiel vrai ou faux.....	197
1) Matérialité de l'acte : la création d'une apparence illusoire par la reproduction d'un personnage porteur d'un attribut symbolique.....	197
2) Une apparence illusoire publique	198
B. La preuve de l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public : nécessité d'une apparence illusoire apte à tromper	199
1) La présomption de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-reproduction par l'utilisation de signes véritables	199
2) La recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires	203
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par le port ou l'usage public d'un signe officiel	207
A. L'élément intentionnel de l'imitation-reproduction par utilisation de véritables signes officiels.....	207
B. L'élément intentionnel de l'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires	209
II. L'imitation de personnage par usurpation d'une fonction publique	210
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par usurpation de fonction publique	210
A. L'usurpation par immixtion dans une fonction publique : une présomption de l'aptitude à créer une méprise.....	211

1) La reproduction d'actes réservés à une fonction publique : une imitation-reproduction dont l'aptitude à créer une méprise est présumée	211
2) L'absence de titre attaché à une fonction publique.....	213
B. L'usurpation par ressemblance avec une fonction publique : la recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public.....	215
1) La confusion avec l'exercice d'une fonction publique : une imitation simulacre dont l'aptitude à créer une méprise doit être recherchée	215
2) Confusion de documents ressemblants avec des écrits originaux.....	217
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de fonction publique	217
III. L'imitation de personnage par usurpation de titre, de diplôme ou de qualité réglementés par l'autorité publique	219
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'usage sans droit d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité réglementé par l'autorité publique.....	219
A. L'interprétation large de l'article 433-17 du Code pénal.....	220
1) La répression d'une imitation-reproduction.....	220
2) La répression d'une imitation-simulacre par la jurisprudence.....	222
B. L'usage sans droit d'un titre, diplôme, ou qualité réglementés par l'autorité publique.....	225
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de titre, diplôme ou qualité	226
IV. L'imitation de personnage par exercice illégal d'une profession protégée	227
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'exercice illégal d'une profession réglementée.....	227
A. L'exercice illégal d'une profession réglementée	228
1) L'illusion créée par un comportement habituel d'imitation : exemple de l'exercice illégal de la médecine	228
2) L'illusion créée par un comportement unique d'imitation : exemple de l'exercice illégal de la profession d'avocat	232
B. Une imitation illicite par absence de qualité à exercer la profession	234
1) Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la médecine	235
a) Les personnes non-médecins.....	235
b) Les médecins n'ayant pas qualité actuelle.....	236
2) Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la profession d'avocat	237
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation illicite d'une profession protégée	239
CONCLUSION DU CHAPITRE II	241
CONCLUSION DU TITRE I	243
TITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE	247
CHAPITRE I : L'IMITATION DE LA CREATION D'AUTRUI	251
Section I : La protection de la création contre l'imitation	253
I. Les conditions de fond d'une création protégeable.....	253
Paragraphe 1. Les éléments constitutifs d'une création littéraire ou artistique protégeable	253
A. L'Objet de la protection : une œuvre de l'esprit	254
B. Les caractéristiques d'une œuvre de l'esprit protégeable	258
1) La condition d'originalité.....	258
2) Les caractéristiques indifférentes	264
Paragraphe 2. Les conditions de fond d'une invention.....	267
A. L'Objet de la protection : une invention	267
B. Les conditions du brevet protégé : une invention brevetable et brevetée	271
1) La nouveauté de l'invention	272
a) L'antériorité dans l'état de la technique	272
b) L'antériorité destructrice : l'appréciation de la nouveauté.....	276
2) L'activité inventive	277
3) L'application industrielle	279
II. Les conditions de forme d'une création protégeable : des conditions supplémentaires pour les brevets	280

Paragraphe 1. Le dépôt de la création industrielle	280
Paragraphe 2. L'examen de la demande de dépôt d'un brevet	281
Paragraphe 3. La délivrance d'un titre temporaire	282
III. L'étendue de la protection de la création	283
Paragraphe 1. Les droits moraux de l'auteur ou de l'inventeur : droit au respect de son nom et de sa qualité de créateur	284
A. Le droit moral de l'auteur	284
B. Le droit moral de l'inventeur	289
Paragraphe 2. Les prérogatives des titulaires du droit d'exploitation	290
A. Les prérogatives communes : le droit de reproduction ou de fabrication	290
B. Les prérogatives spécifiques des créateurs	292
1) Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'auteur	292
a) Le droit de représentation	292
b) Le droit de suite	293
2) Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'inventeur	293
Section II : Le comportement d'imitation d'une création ou d'un créateur	295
I. L'imitation de la création d'autrui	296
Paragraphe 1. L'illicéité de l'exploitation : l'absence d'autorisation du titulaire du droit	296
A. L'inexistence d'une autorisation à reproduire la création	298
B. Le dépassement de l'autorisation	300
Paragraphe 2. Le comportement d'imitation illicite de la création d'autrui : l'appréciation d'une imitation matérielle et non personnelle	301
A. La reproduction parfaite de la création : une imitation sans innovation	301
1) L'acte de reproduction de la création en droit d'auteur et de brevet	302
a) L'acte de reproduction en droit d'auteur	302
b) L'acte de reproduction en droit des brevets	305
2) L'appréciation de la reproduction parfaite en droit d'auteur et de brevet : la recherche d'une apparence de la réalité	309
a) La qualification de la reproduction parfaite : une présomption irréfutable du risque de méprise dans l'esprit du public	309
b) Des exceptions à la sanction de contrefaçon : les reproductions et usages sans risque de méprise dans l'esprit du public	311
B. La copie imparfaite de la création : une imitation avec innovation de la création	312
1) L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur	313
2) L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit des brevets	314
3) L'appréciation de la copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur et de brevet	316
a) L'imitateur non créateur : la contrefaçon qualifiée par la reprise des éléments essentiels de la création	318
b) L'imitateur-créateur : la contrefaçon qualifiée selon le rapport entre les ressemblances et les dissemblances	322
Paragraphe 3. L'intention de l'imitateur liée à la représentation de la création	327
A. L'intention présumée de l'imitateur déduite de la représentation de la création-modèle	328
B. La difficile preuve du caractère fortuit de l'infraction ou d'une croyance en la licéité de l'acte	330
II. L'usurpation de qualité de créateur : une imitation personnelle par appropriation illicite d'une création	333
Paragraphe 1. L'usurpation de qualité de propriétaire de brevet : une imitation de personnage	334
A. La prise indue de qualité de propriétaire d'un brevet	334
B. L'incrimination de l'imitation d'un personnage par la création de l'illusion d'être titulaire de droits sur une création	336
Paragraphe 2. L'usurpation de qualité de créateur par contrefaçon : une imitation personnelle par appropriation illicite de la création d'autrui	337
A. L'atteinte au droit de paternité du créateur constitutive d'une imitation illicite	338
1) L'atteinte au droit de paternité par la création d'une apparence de la réalité	339
2) Exemple de l'atteinte au droit de paternité de l'architecte	340

B. Une imitation personnelle sans imitation de la chose : un comportement répréhensible de manière autonome en pénal ?.....	342
1) L'atteinte au droit moral et contrefaçon : des divergences de la doctrine.....	343
2) Association par la jurisprudence de l'atteinte au droit moral à un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion.....	345
3) La limitation de la répression de l'imitation personnelle d'un créateur	347
CONCLUSION DU CHAPITRE I	349
CHAPITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC.....	353
Section I : Les objets et instruments de protection.....	355
I. Les instruments de protection de la confiance publique dans le Code pénal : une affirmation de la souveraineté de l'État	355
Paragraphe 1. La protection des signes publics concernant directement l'État.....	356
A. La protection du signe monétaire de l'État.....	356
1) La protection de la monnaie ayant cours légal	358
2) Protection de la monnaie n'ayant plus cours légal	359
B. La protection des titres et autres valeurs fiduciaires	360
C. La protection des marques de l'autorité publique	361
1) La protection des marques de l'État.....	362
2) La protection des marques des autorités et services publics.....	364
Paragraphe 2. La protection des écrits et autres supports d'expression de la pensée à valeur probatoire	365
A. La protection large des actes et supports d'expression de la pensée à valeur probatoire.....	366
1) Un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée	366
2) Une valeur probatoire	368
B. La protection spéciale des actes délivrés par les autorités publiques	370
II. Les instruments de protection de la confiance du public dans le Code de la propriété intellectuelle : exemple de la marque de fabrique, de commerce ou de service.....	373
Paragraphe 1. Les conditions de fond de la marque de fabrique, de commerce ou de service	375
A. Un signe susceptible de représentation graphique	376
B. Un signe distinctif.....	377
C. Un signe licite	380
D. Un signe disponible	382
1) Indisponibilité constituée par un signe ou élément distinctif déjà protégé.....	383
2) Indisponibilité constituée par un droit antérieur	384
Paragraphe 2. Les conditions de formes de la marque de fabrique, de commerce ou de service	388
A. Le dépôt de la demande d'enregistrement de la marque	388
B. L'examen de la demande d'enregistrement de la marque industrielle.....	389
Section 2 : Le comportement d'imitation d'une chose garante de la confiance du public.....	390
I. La fabrication illicite d'une chose publique.....	392
Paragraphe 1. La falsification d'une chose publique : une altération de la réalité avec ou sans modèle.....	393
A. Faux et imitation.....	393
B. Imitation et falsification du signe monétaire de l'État et autres signes publics	395
Paragraphe 2. L'imitation d'une chose publique constitutive d'une contrefaçon ou d'une infraction de ressemblance	397
A. La caractérisation de l'imitation d'une chose publique au regard de l'acte matériel : des ambiguïtés de qualification entre contrefaçon et infraction de ressemblance	398
1) La nature hybride de la contrefaçon d'une chose publique : une imitation-reproduction ou une imitation-simulacre.....	399
a) La contrefaçon caractérisée par une imitation parfaite de la chose publique : une imitation-reproduction.....	399
b) La contrefaçon élargie à l'imitation imparfaite d'une chose publique : une imitation-simulacre.....	400

2) L'infraction de ressemblance d'un objet imitant une chose publique : une imitation simulacre stricto sensu	406
a) L'infraction de ressemblance : la création d'une apparence de réalité avec risque de méprise d'un public non raisonnable	406
b) La possible confusion entre infraction de ressemblance et contrefaçon	409
B. L'intention de l'imitateur distincte suivant l'infraction considérée	410
1) L'exigence d'un dol général pour la caractérisation d'une contrefaçon ou d'une infraction de ressemblance	411
2) L'exigence d'un dol spécial pour la qualification de contrefaçon	412
a) La contrefaçon de monnaie : une intention de mise en circulation	412
b) La contrefaçon de titres et autres valeurs fiduciaires et marques de l'autorité publique : une intention de tromper	415
C. Les modèles possibles de l'imitation : une chose, une personne ou un personnage	416
1) La prévalence d'infractions sanctionnant l'imitation d'une chose : une protection renforcée des signes de l'État	416
2) L'incrimination possible de l'imitation personnelle au travers d'une chose publique	417
II. La fabrication illicite d'une marque de fabrique, de commerce ou de service	420
Paragraphe 1. La sanction du mensonge sur la marque : une altération de la réalité	421
Paragraphe 2. L'imitation de la marque : la création d'une illusion de réalité aux yeux du public	423
A. L'imitation de la marque : un comportement analysé selon le résultat et le risque de méprise dans l'esprit du public	423
1) L'imitation parfaite d'une marque : l'incrimination de la création d'une apparence de la réalité	424
a) L'acte d'imitation parfaite d'une marque : la création d'une double identité	424
b) L'appréciation de l'imitation parfaite d'une marque : la recherche d'une apparence de la réalité apte à causer une méprise	428
2) L'imitation imparfaite d'une marque : l'incrimination de la création d'une apparence de réalité	433
a) Les actes de reproduction et de copie imparfaite d'une marque : des imitations-simulacres	433
b) L'appréciation des imitations-simulacres d'une marque : la création d'une apparence de réalité et recherche du risque de méprise dans l'esprit du public	437
B. L'élément intentionnel de la contrefaçon des marques : une imitation par négligence ou imprudence	441
CONCLUSION DU CHAPITRE II	447
CONCLUSION DU TITRE II	451
<u>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</u>	<u>453</u>
 L'IMITATION PLURILATERALE	455
TITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE HORIZONTALE	461
CHAPITRE I : L'IMITATION HORIZONTALE DANS UNE PLURALITE D'INDIVIDUS	463
Section I : Imitation et mimesis dans un groupe restreint	464
I. L'imitation réciproque et interactive entre les membres d'un groupe restreint	466
II. L'imitation dans le groupe criminel : un fait social	470
III. L'imitation en groupe comme expression comportementale de la mimésis sociale	474
Section II : Droit pénal et criminalité groupale : répression ou prévention d'une imitation plurilatérale illicite par mimétisme horizontal	481
I. Les infractions commises collectivement : un agir mimétique horizontal sanctionné	483
Paragraphe 1. Coaction et complicité dans les infractions commises collectivement, étude préalable à la compréhension d'un agir mimétique horizontal illicite	484

A.	La définition de la coaction au sens pénal nécessaire à la compréhension d'un agir mimétique horizontal illicite	486
B.	Composantes de la coaction, préalable à une compréhension d'un agir mimétique horizontal.....	490
1)	Une dépendance matérielle entre les coauteurs	490
2)	Des participations équivalentes dans la recherche du résultat infractionnel collectif	493
Paragraphe 2.	La notion juridique de coaction au regard du concept d'imitation	496
A.	Eléments juridiques en faveur d'une lecture de la coaction comme un agir mimétique horizontal illicite	496
1)	L'infraction unique de la coaction soumise à une représentation commune de la scène infractionnelle et à une intentionnalité communément partagée	497
2)	L'entente pour la coopération mutuelle tournée vers un même objectif.....	501
3)	Réciprocité des actes conjugués et indépendance morale des coauteurs : des agissements se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente.....	502
a)	Des agissements conjugués et équivalents, inscrits dans une scène mimétique	502
b)	La coaction indifférente à l'imitation comportementale sauf à affecter la lisibilité de la scène délictuelle	503
B.	Théorie de la scène unique de violences et interprétation des violences collectives à l'aune du concept d'imitation.....	507
1)	La scène unique de violences : une scène d'agir mimétique et de possible imitation comportementale	513
a)	La scène unique de violence éclairée par la notion de mimésis sociale	513
b)	Une scène possible d'imitation plurilatérale.....	515
2)	La suffisance de la théorie de la scène unique de violence.....	523
II.	La répression des infractions collectives par nature et de la bande organisée : une prévention possible mais non exclusive de l'imitation plurilatérale criminelle.....	527
A.	Les infractions collectives par nature stricto sensu : une présomption d'un agir mimétique.....	529
B.	La circonstance aggravante de bande organisée, une circonstance réelle	536
CONCLUSION DU CHAPITRE I		541
CHAPITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE DANS UNE MULTITUDE D'INDIVIDUS		
Section I : la foule ou la masse criminelle comme une multitude agissante		544
I.	Définition et composition de la foule criminelle	545
Paragraphe 1.	Définitions de la foule et de la foule criminelle.....	545
Paragraphe 2.	Composition de la foule et de la foule criminelle	552
II.	Éléments de compréhension des phénomènes de foule applicables à la foule criminelle	558
Paragraphe 1.	Quelques processus à l'œuvre dans les mouvements de foule.....	558
A.	L'imitation comportementale dans la foule.....	558
B.	La contagion mentale à la source de l'imitation comportementale	561
C.	La suggestion mentale dans la foule.....	562
Paragraphe 2.	La foule conçue comme le lieu d'un agir mimétique horizontal.....	564
A.	Une représentation commune de l'événement en évolution constante.	565
B.	Des agissements intentionnellement partagés en référence mutuelle	567
C.	Une coopération mutuelle dans l'action.....	569
Section 2 : infractions et mesures destinées à prévenir ou réprimer une imitation illicite plurilatérale par contagion.....		571
I.	La manifestation et l'attroupement : des exemples de foules réglementées ou tolérées	572
Paragraphe 1.	La manifestation : une foule en principe organisée soumise à déclaration ..	573
A.	L'expression collective et publique d'une opinion ou volonté commune.....	574
B.	Une réglementation préventive de troubles à l'ordre public.....	577
Paragraphe 2.	L'attroupement : une foule tolérée	581
A.	L'attroupement : une foule tolérée hors le trouble à l'ordre public	582
B.	La dispersion de l'attroupement risquant de troubler l'ordre public.....	585

II. La réponse législative aux débordements d'une foule criminelle ou détournée à des fins criminelles	590
Paragraphe 1. Les mesures préventives des débordements de la manifestation par exclusion des excitateurs potentiels.....	590
A. Mesures par sécurité en amont de la manifestation	591
B. Mesures par réaction en aval de la manifestation.....	593
Paragraphe 2. Les mesures de répression au cours d'un rassemblement.....	596
A. La suggestion à des actes criminels dans les mouvements de foule.....	598
B. L'engagement de la responsabilité individuelle d'un participant à la foule soumis à l'appréciation de l'existence d'une entente	602
1) L'appréciation de la responsabilité individuelle dans les mouvements d'une foule criminelle.....	603
a) La foule criminelle dès sa formation : une entente préalable à l'action criminelle.....	603
b) La foule détournée à des fins criminelles : des ententes préalables ou instantanées à l'action criminelle.....	605
2) La réparation des dommages causés par des mouvements de foule.....	612
CONCLUSION DU CHAPITRE II	615
CONCLUSION DU TITRE I	617
TITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE.....	619
CHAPITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE OU IMITATION PROVOQUÉE.....	621
Section I : Les interactions meneur/ menés(s) dans l'imitation plurilatérale verticale	621
I. La puissance suggestive du meneur	622
Paragraphe 1. Un ascendant fondé sur le prestige du meneur	622
Paragraphe 2. L'action suggestive du meneur	629
II. La mise en actes d'une imitation plurilatérale verticale ou imitation(s) provoquée(s) ..	634
Paragraphe 1. La création et la communication d'une représentation par le meneur/ provocateur.....	635
Paragraphe 2. La réaction du mené/provoqué : vers un agir mimétique vertical et réciproque.....	636
Paragraphe 3. La contagion de la provocation : vers des agirs mimétiques horizontaux....	638
Section II : La provocation à l'imitation en droit pénal.....	641
I. Des provocations illicites à l'agir mimétique illicite.....	643
Paragraphe 1. La notion juridique de provocation	645
A. Le provocateur, complice d'une infraction	645
B. Le provocateur, auteur d'une infraction	648
Paragraphe 2. Des procédés de provocations favorables à un agir mimétique vertical	649
A. Les moyens de provocation.....	649
B. Provocations et altération de la liberté du provoqué	654
1) La provocation par contrainte exclusive d'une provocation à l'imitation	654
2) La provocation par tromperie exclusive d'une provocation à l'imitation	655
3) La provocation par persuasion : une provocation possible à l'imitation	656
II. Des agirs mimétiques illicites provoqués par persuasion.....	662
Paragraphe 1. La création et la communication de la représentation d'une scène illicite par le provocateur	662
A. La création d'une représentation par le provocateur : des images mentales illicites diversifiées	663
1) La provocation directe à un comportement illicite.....	663
2) La provocation indirecte à un résultat infractionnel.....	667
B. La communication de la représentation créée par le provocateur	673
1) Des provocations publiques et impersonnelles : une communication large de la représentation	674
a) Les moyens de communication communs aux provocations publiques	676
b) La communication publique exclusive de la diffusion à des personnes liées par une communauté d'intérêts	678

2) Des provocations non publiques et à personnes déterminées : une communication limitée de la représentation	680
C. L'intentionnalité de la provocation : une volonté de communiquer la représentation créée d'une image mentale illicite	682
Paragraphe 2. La caractérisation possible par le droit pénal d'un agir mimétique vertical effectif ou potentiel.....	685
A. La provocation matérielle : une réception et des agissements nécessaires de la représentation illicite.....	686
1) Les provocations matérielles	686
2) La provocation matérielle d'un agir mimétique vertical effectif	687
B. La provocation formelle : une potentialité d'agissements de la représentation illicite	690
CONCLUSION DU CHAPITRE I	695
CHAPITRE II : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU PROVOCATEUR ET DU PROVOQUE	699
Section i : La faute de la faute : la responsabilité et l'imputation du provocateur	701
I. La contribution causale de la provocation.....	702
Paragraphe 1. Exigence d'une contribution causale à l'infraction provoquée	705
Paragraphe 2. Exigence d'une causalité virtuelle de l'infraction de provocation non suivie d'effet.....	712
II. L'absence d'homogénéité dans la répression de la provocation ou de l'instigation : intérêt d'une nouvelle qualification de participation en matière d'instigation par provocation.....	716
Paragraphe 1. Critiques des fondements actuels de la répression du provocateur.....	717
Paragraphe 2. Intérêt d'une qualification <i>sui generis</i> d'auteur moral	726
Section II : La responsabilité et la peine du provoqué suggestionné	731
I. La limitation des causes « excusant » les actes provoqués par imitation verticale.....	732
Paragraphe 1. La provocation rarement admise à l'effacement de la responsabilité pénale	733
Paragraphe 2. Limitation de l'excuse absolutoire de l'injure provoquée.....	735
A. Le contenu de la provocation indifférent à l'imitation.....	737
B. Une riposte mimétique du provoqué.....	739
II. Adaptation nécessaire de la sanction et de la peine du provoqué à l'infraction.....	743
Paragraphe 1. Rappel de l'utilité de la peine.....	744
A. La peine tournée vers le passé.....	744
B. La peine tournée vers le futur	746
Paragraphe 2. L'individualisation de la peine du provoqué persuadé	749
CONCLUSION DU CHAPITRE II	755
CONCLUSION DU TITRE II.....	757
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	759
CONCLUSION GENERALE	761
BIBLIOGRAPHIE	769
I. OUVRAGES, THESES ET MONOGRAPHIES	769
A. OUVRAGES JURIDIQUES.....	769
B. OUVRAGES NON-JURIDIQUES.....	777
II. ARTICLES, CHRONIQUES ET ENTREES D'ENCYCLOPEDIE	782
A. ARTICLES JURIDIQUES	782
B. ARTICLES NON-JURIDIQUES	792
TABLE DE JURISPRUDENCE	795
INDEX ALPHABETIQUE	823
TABLE DES MATIERES	831

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES.....	843

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

Introduction.....	13
1. Première définition de l'imitation.	
2. Approche de l'étude : du juridique technique à une critique philosophique.	
3. L'imitation, une notion juridique ?	
4. L'imitation en droit de la propriété intellectuelle.	
5. L'imitation en droit pénal : une question de ressemblance et d'apparence.	
6. Absence de définition claire de l'imitation.	
7. Imitation et philosophie.	
8. Choix d'une méthode de recherche.	
 Section I : De la <i>mimesis</i> à l'imitation.	
Compréhension de l'imitation par les sciences humaines et sociale.....	19
9. L'imitation issue de la <i>mimesis</i> .	
 I. L'imitation conçue comme une expression de la <i>mimesis</i>.....	20
10. <i>Mimesis</i> et imitation, des concepts intimement liés.	
 Paragraphe 1. Les classiques et la <i>mimesis</i> : les deux fonctions de la <i>mimesis</i> .	20
11. L'approche philosophique du concept de <i>mimesis</i> .	
 A. <i>Mimesis</i>, apprentissage et éducation	21
12. <i>Mimesis</i> et éducation.	
13. <i>Mimesis</i> et apprentissage.	
 B. <i>Mimesis</i>, esthétisme et art.....	22
14. L'art de la tragédie.	
15. La fonction esthétique de la <i>mimesis</i> . L'art de la copie ou du simulacre.	
16. La <i>mimesis</i> n'est pas une simple copie.	
17. L'art du simulacre.	
18. La fonction représentative de la <i>mimesis</i> : la nature innovante de l'art.	
19. La <i>mimesis</i> n'est pas une simple copie.	
20. Une production innovante.	
21. Les effets de la <i>mimesis</i> .	
22. Le double versant de la <i>mimesis</i> .	
 Paragraphe 2. L'adaptation contemporaine de la notion de <i>mimesis</i> : La <i>mimesis</i>, plus qu'une simple imitation	26
23. Distinction entre <i>mimesis</i> et imitation.	
 A. La fonction symbolique de la <i>mimesis</i>.....	27
24. Une fonction représentative.	
25. L'imitation, cas particulier de représentation.	
 B. Le concept de mimésis sociale.....	28
26. La définition de la <i>mimesis</i> sociale.	

27.	Mimésis et apprentissages sociaux.	
28.	Mimésis sociale et imitation.	
C.	Mimésis et violence sociale	30
29.	Le désir mimétique.	
30.	Critiques du désir mimétique.	
31.	L'imitation, expression corporelle de la mimésis.	
II.	Imitation et développement individuel.....	32
32.	Imitation et sciences sociales.	
Paragraphe 1.	L'homme naît imitateur : apports de la psychologie génétique..	32
33.	Le rôle fondamental de l'imitation.	
34.	Une compétence précoce, voire innée.	
35.	Imitation, développement et transmission de modèles de comportements.	
Paragraphe 2.	Les neurones-miroirs, supports biologiques de l'imitation : apports de la neurologie.....	34
36.	L'intentionnalité de l'imitation grâce à une représentation modèle.	
37.	Un codage neurologique de la représentation du modèle.	
38.	L'intentionnalité, un élément essentiel de l'imitation.	
Paragraphe 3.	L'imitation, une question d'identité et d'identification : apports de la psychanalyse.....	36
39.	L'identification, ou imitation d'une personne.	
40.	Une appropriation des caractéristiques du modèle.	
41.	L'importance des identifications.	
III.	Imitation et faits sociaux.....	38
42.	Rôle de l'imitation.	
Paragraphe 1.	Imitation et apprentissage social : apports de la psychologie sociale.....	38
43.	Imitation et socialisation de l'individu.	
44.	Apprentissage par imitation d'un modèle par un mime.	
Paragraphe 2.	Apprentissage du crime par imitation : apports de la criminologie.....	40
45.	Imitation et genèse du crime.	
46.	Habitudes créées par imitations successives.	
47.	Habitudes individuelles ou collectives.	
48.	Porosités de la distinction.	
49.	Imitation du crime : reproduction ou répétition ?	
50.	La répétition criminelle.	
Paragraphe 3.	L'imitation dans les groupes sociaux.....	44
51.	Des imitations par contagion.	
52.	Des interactions différentes suivant la taille du groupe.	
53.	Groupes d'appartenance et groupes de référence.	
54.	L'imitation dans les groupes restreints.	
55.	Pour conclure sur l'imitation entendue comme fait social.	

Section II : Vers l'élaboration du concept d'imitation dans le champ pénal.....	48
56. Une définition autonome du concept d'imitation.	
I. Définition et critères du comportement d'imitation.....	48
57. Présentation de la démarche préliminaire.	
Paragraphe 1. Définition conceptuelle de l'imitation.....	49
58. Définition générale proposée.	
59. L'imitation personnelle.	
60. L'imitation matérielle.	
61. Définition négative : l'imitation comportementale n'est pas issue d'une simple influence.	
62. Définition négative : l'imitation comportementale n'est pas une simple répétition parfaite.	
63. La perfection de l'imitation comportementale.	
Paragraphe 2. Critères d'un comportement d'imitation.....	51
64. Proposition de critères déterminant l'imitation.	
A. L'existence d'un modèle : une imitation personnelle ou matérielle.....	51
B. La représentation du modèle : une imitation individuelle ou collective.....	52
C. Une intention d'imiter le modèle : une imitation unilatérale ou plurilatérale..	52
D. Un comportement de reproduction ou de copie.....	54
E. Un effet sur le public : La potentialité de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.....	55
II. Méthode pour élaborer le concept d'imitation dans le champ pénal.....	57
77. Parallèle entre le concept d'imitation et la théorie de l'apparence en droit.	
78. Limites de l'étude.	
79. Intérêts à l'élaboration d'un concept d'imitation.	
80. Intérêts et problématique de la thèse.	
81. Objectif de la thèse.	
82. Plan de thèse.	

PREMIÈRE PARTIE : L'IMITATION UNILATERALE.....63

- 83. L'imitation d'un modèle par un mime.
- 84. Une imitation unilatérale car issue d'une seule volonté.
- 85. L'imitation unilatérale en droit pénal.
- 86. Démarche : recherche des critères de l'imitation.

TITRE I: L'IMITATION UNILATERALE DES ATTRIBUTS IDENTIFICATOIRES.....67

- 88. Personne et attributs personnels.
- 89. Identité et rôle social, des attributs identitaires et symboliques.
- 90. Attributs identitaires.
- 91. Attributs symboliques.
- 92. L'imitation unilatérale par l'usage d'attributs identificatoires.

CHAPITRE I : L'IMITATION UNILATÉRALE D'UNE PERSONNE.....69

- 93. L'imitation personnelle, une appropriation possible des éléments identificatoires d'un modèle.
- 94. L'imitation personnelle illicite, une usurpation d'identité.
- 95. Une démarche comparative.

Section I : La protection pénale des attributs identitaires 70

- 96. Protection pénale de l'identité.

I. Une définition pénale de l'identité restreinte mais extensible 70

- 97. L'identité, l'individualisation et la conscience de soi.
- 98. Les critères multiples de l'identité.
- 99. Identité personnelle et juridique.
- 100. L'identité juridique, une valeur protégée en mutation.
- 101. Une prévention élargie contre l'imitation personnelle illicite.

Paragraphe 1. La protection classique de l'identité en droit pénal.....72

- 102. La composition de l'identité classique.

A. Proposition d'une définition classique de l'identité en droit pénal.....73

- 103. L'identité selon le champ de protection.
- 104. L'identité et l'état civil.
- 105. Identité et droit civil.
- 106. Identité et sentiment d'identité.
- 107. Identité et droit pénal.

1) Une conception classique de l'identité.....74

- 108. Absence de définition.
- 109. Des textes d'incrimination protégeant le nom.

2) Le contenu de l'identité classique au sens pénal : Le nom et ses accessoires.....76

- 110. Le nom au sens strict.
- 111. Le prénom.
- 112. Le pseudonyme.

113.	Les conséquences sur l'imitation.	
B. L'identité matérialisée par la signature		78
114.	La fonction de la signature.	
115.	La signature électronique.	
116.	La signature, objet possible d'une imitation illicite.	
117.	Une définition restreinte de l'identité classique qui n'exclut pas une extension de la protection.	
Paragraphe 2. La protection des données personnelles identifiantes		80
118.	L'homme, un « être informationnel ».	
119.	La loi du 6 août 2004 Informatique et libertés.	
120.	Des données à caractère personnel.	
121.	La loi du 14 mars 2011 LOPPSI II.	
122.	La diversité des données protégeables.	
A. Les données d'identification numériques et techniques		82
123.	Les données sur des réseaux de communications électroniques.	
124.	Les données numériques.	
125.	Les données techniques.	
126.	Le renforcement de la protection des éléments identitaires.	
B. Les données naturelles de la personne		84
127.	Des éléments identitaires associés à l'identité nominative.	
128.	L'image.	
129.	La voix.	
130.	Les données biologiques et biométriques.	
131.	La gestuelle.	
132.	Les autres données complémentaires de l'identité.	
133.	Protection d'un ensemble de données personnelles.	
Paragraphe 3. La protection pénale de l'identité de la personne morale		88
134.	L'identité de la personne morale.	
135.	Imitation possible d'une personne morale.	
136.	Pour conclure sur l'identité en droit pénal.	
II. Les différents supports de l'identité		89
137.	La diversité de supports.	
Paragraphe 1. Les supports matériels d'identité		89
138.	L'identité matérialisée.	
139.	Liste non exhaustive de documents d'identité d'une personne morale.	
140.	Liste non exhaustive de documents d'identité d'une personne physique.	
141.	Autres documents à valeur identificatoire.	
142.	L'imitation d'une personne par l'usage de ses documents d'identité.	
Paragraphe 2. L'identité dématérialisée sur les réseaux de communication électronique		92
143.	Une seule et même identité.	
144.	Pratiques d'appropriation d'identité sur les réseaux.	

- 145. Intérêt de la loi LOPPSI II pour la protection de l'identité sur des supports dématérialisés.
- 146. Rédaction insatisfaisante de l'article 226-4-1 du Code pénal.
- 147. Pour conclure sur l'identité et les données identificatoires en droit pénal.

Section II : Les usurpations d'identité. La répression possible de l'imitation unilatérale illicite d'une personne 95

- 148. Le double aspect de l'usurpation d'identité.
- 149. Appropriation ou mensonge sur son identité.
- 150. Des usurpations d'identité indifférentes à l'imitation. Le mensonge sur le nom.
- 151. Des usurpations d'identité exigeant une appropriation.
- 152. Les infractions d'appropriation d'une identité.

I. La prise du nom d'un tiers pour éviter les poursuites pénales : une imitation de personne 99

- 153. Identité et responsabilité de la personne.

Paragraphe 1. La prise du nom d'un tiers : création d'une illusion d'identité dans la commission d'une infraction 99

- 154. Infraction d'entrave à la justice.

A. La prise de nom lors de la commission d'une infraction 100

- 155. L'appropriation de l'identité d'un tiers dans un contexte infractionnel.
- 156. La sanction d'une entrave à la justice.
- 157. Un agissement unilatéral.

B. La constatation de l'existence d'un tiers 101

- 158. Un tiers existant.
- 159. Une perturbation de la fonction identificatoire du nom.

Paragraphe 2. La volonté de l'appropriation du nom d'un tiers : représentation d'un modèle dans l'esprit de l'agent 102

- 160. La conscience d'un risque de confusion.
- 161. Une connaissance minimum de la réalité du tiers.
- 162. La conscience de l'existence d'un tiers.

Paragraphe 3. La prise du nom d'un tiers pour échapper aux poursuites pénales : incrimination d'un comportement d'imitation unilatérale d'une personne 104

- 163. Recherche des critères d'imitation.
- 164. Une représentation du tiers dans l'esprit de l'imitateur.
- 165. Apparence vraie.
- 166. Apparence fausse.
- 167. Présomption de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.
- 168. Présomption irréfragable.
- 169. Transposition à l'usurpation du numéro d'immatriculation d'un véhicule.
- 170. Pour conclure sur l'infraction de prise de nom.

II. L'usurpation d'identité prévue par l'article 226-4-1 du Code pénal : une imitation de personne.....108

171. Une usurpation dans l'intention de nuire.

Paragraphe 1. Une appropriation illicite et volontaire de l'identité d'autrui.....109

172. Exposé de la démarche : recherche des critères de l'imitation.

A. L'appropriation de l'identité d'une personne : création d'une certaine confusion d'identité.....109

173. Appropriation de l'identité d'une personne existante et vivante.

174. Création d'une confusion d'identité.

175. Données d'identité d'une personne morale.

176. Présence du premier critère.

B. La représentation nécessaire du tiers dans l'esprit de l'agent.....111

177. Matérialité de l'infraction élargie.

1) L'appropriation de l'identité d'un tiers.....111

178. Nécessité d'une imitation publique à préciser.

179. Deux comportements sanctionnés

a) L'usurpation de l'identité d'autrui : une appropriation personnelle consistant à « se faire passer pour ».....112

180. Une appropriation pour soi de l'identité d'un tiers.

181. Une infraction instantanée.

182. Acte positif. Exemple jurisprudentiel.

183. Solution jurisprudentielle à nuancer.

184. Acte positif d'appropriation.

b) L'utilisation des données de nature à permettre l'identification d'un tiers : un comportement plus large consistant à « faire usage de ».....114

185. L'utilisation de diverses données identificatoires.

186. L'utilisation des données et usurper l'identité, des actes distincts mais souvent complémentaires.

187. Usurpation accompagnée d'utilisation de données de toute nature.

188. Réitération de la solution.

189. Simple utilisation de données de nature à permettre une identification.

190. L'utilisation de données plus largement entendue que l'usurpation.

2) La représentation du tiers dans l'esprit de l'agent.....118

191. Représentation dans l'esprit de l'imitateur.

192. Délit intentionnel.

193. Connaissance minimum de l'existence du tiers.

194. Exemple jurisprudentiel : Arrêt du 17 février 2016.

195. L'identité non légalement admise.

196. Représentation de l'identité d'un autre.

197. Nuance de l'arrêt d'espèce.

3) L'usurpation d'identité conçue comme un comportement d'imitation unilatérale.....121

198. Usurpation d'identité et imitation.

199.	Double conséquence pour la compréhension du concept d'imitation dans le champ pénal.	
200.	Deux comportements d'imitation différents suivant les moyens utilisés.	
a) L'utilisation de véritables éléments identificatoires :		
	appréciation d'une imitation-reproduction dans laquelle l'aptitude à causer une méprise doit être présumée	122
201.	Imitation-reproduction et création d'une apparence de la réalité.	
202.	Apparence illusoire trompeuse.	
203.	Apparence illusoire non trompeuse.	
204.	Présomption de l'aptitude de l'imitation-reproduction à causer une méprise.	
205.	Illustration jurisprudentielle.	
b) L'utilisation des éléments identificatoires ressemblants :		
	appréciation d'une imitation-simulacre.....	125
206.	Imitation-simulacre et création d'une apparence de réalité.	
207.	Recherche d'une méprise possible dans l'esprit du public	
208.	Rareté du comportement.	
209.	Deux comportements à la matérialité distincts.	
 Paragraphe 2. L'exigence d'un dol spécial : une imitation en vue de nuire		126
210.	Exigence d'un dol spécial.	
211.	Nécessité de l'exigence du dol spécial.	
212.	Division du dol spécial.	
 A. Le trouble à la tranquillité de la victime ou celle d'un tiers par l'imitateur.		128
213.	Trouble à la tranquillité.	
214.	Tranquillité du titulaire de la donnée identificatoire.	
215.	Établissement de l'intention particulière.	
216.	L'absence de l'établissement de la réalité du trouble.	
217.	Tranquillité d'autrui autre que la victime.	
218.	Dédoublement des victimes.	
 B. L'atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime.....		131
219.	L'honneur ou la considération d'une personne.	
220.	Nécessité de démontrer l'intention.	
221.	Indifférence du mobile.	
222.	Pour conclure sur l'usurpation d'identité.	
 III. Une imitation de personne prévue par la Loi des 9-12 février 1895 sur le faux artistique.....		135
223.	Évolution législative.	
 Paragraphe 1. Les difficultés d'application de la loi de 1895 sur le faux artistique.....		136
224.	Le faux artistique distinct d'une atteinte au droit de la propriété intellectuelle.	
225.	L'œuvre, le nom et l'artiste.	
226.	Hésitation jurisprudentielle.	
227.	Nécessité d'une distinction claire.	
228.	Distinction entre faux artistique et contrefaçon selon le concept d'imitation.	
 Paragraphe 2. Usurpation d'identité en matière de faux artistique		139
229.	Deux délits distincts portant sur un nombre limité d'œuvres artistiques.	

A. Les éléments constitutifs des délits en matière de faux artistique.....	139
230. Auteur ou artiste décédé.	
231. Une inscription exclusive d'autres supports.	
232. Distinction de deux délits.	
1) Le faire d'apposer ou de faire apparaître un nom usurpé sur une œuvre.....	141
a) Des comportements différents de l'imitation de la signature ou du signe d'un créateur.....	141
234. Deux comportements différents.	
235. Le même objet : l'identité.	
236. Apposer ou faire apparaître : attribuer fausement.	
237. Intention	
b) Des comportements d'imitation réprimés par la loi de 1895....	143
238. Comportement sans imitation.	
239. Un faussaire et deux créateurs.	
240. Un faussaire-créateur et un créateur usurpé.	
241. Infraction non-limitée à l'imitation.	
2) Le fait d'imiter la signature ou un signe identifiant l'artiste.....	145
a) L'élément matériel de l'imitation de la signature ou du signe adopté par un créateur.....	145
α) La signature ou le signe adopté par un créateur : objets de l'imitation	
244. Manifestation de l'identité de l'artiste.	
245. La signature.	
246. Le signe.	
247. Sanction d'une reproduction.	
β) Les caractéristiques de l'imitation de la signature ou du signe identifiant un auteur	
248. Une imitation personnelle matérialisée.	
249. Une imitation-reproduction.	
b) L'intention de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur.	148
250. Intention de l'imitateur-faussaire.	
251. Exigence d'une volonté de tromper.	
252. Restriction apparente du texte à l'existence d'un acheteur.	
253. Extension possible à un acheteur potentiel.	
254. Deux interprétations possibles de l'acheteur.	
255. Interprétation retenue.	
256. Pour conclure sur les comportements sanctionnés par la loi de 1895 et l'imitation.	
B. Les lacunes de la loi en matière de faux artistique.....	150
257. Lacunes de la loi relevées.	
1) Une lacune incontestable de la loi de 1895 tenant à la limitation des objets comme supports de l'identité protégée de l'artiste.....	150
258. Nécessité d'une actualisation de la liste des œuvres protégées par la loi de 1895.	
259. Les œuvres exclues du champ de protection.	
260. Lacunes tenant au support de l'identité.	

2) La relativité de certaines lacunes de la loi de 1895	152
261. Discussions quant à l'existence de certaines lacunes.	
262. Absence de protection pour les œuvres tombées dans le domaine public.	
263. Restriction de la loi à certains comportements de fausse attribution.	
3) Utilité d'une nouvelle rédaction de l'infraction relative à la fausse attribution d'une œuvre.....	154
264. Nécessité d'une modification du texte d'incrimination.	
265. Protection de l'artiste ou auteur et non de la création.	
266. Suffisance du dol général.	
267. Proposition d'un texte d'incrimination.	
268. Pour conclure sur les infractions d'appropriation de l'identité d'autrui	
CONCLUSION DU CHAPITRE I.	157
269. Typologie de l'infraction d'imitation de personne.	
270. Présence des caractères de qualification d'une imitation.	
271. Imitation intentionnelle.	
272. Présomption irréfragable de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.	
273. Toute imitation n'a pas à être réprimée.	
274. Les infractions d'usurpation d'identité <i>stricto sensu</i> : infraction d'imitation.	
275. Modification de l'incrimination du faux artistique.	
276. Sanction de l'imitation de personne à restreindre.	
CHAPITRE II : L'IMITATION UNILATERALE D'UN PERSONNAGE	161
277. Personne et personnage.	
278. Personnages et attributs symboliques d'une fonction sociale.	
279. Imitation unilatérale licite ou illicite d'un personnage.	
280. Toute imitation d'un personnage réalisée indûment n'est pas réprimée par le législateur.	
Section I : La protection pénale de certains attributs symboliques des fonctions sociales.....	163
I. Rôles sociaux et attributs symboliques d'une fonction sociale.....	163
282. Personne et groupe social d'appartenance.	
283. Groupes d'appartenance, identité et fonctions sociales.	
284. Personne et personnages ou attributs identitaires et symboliques.	
285. Mimésis et imitation de personnages.	
286. Imitation unilatérale d'un personnage au travers de ses attributs symboliques.	
287. Droit pénal et imitation unilatérale de personnages.	
II. La protection pénale des attributs symboliques de l'autorité publique et/ou réglementés par l'autorité publique	166
Paragraphe 1. La protection pénale des signes de l'autorité publiques et des fonctions publiques.....	166
290. Protéger le prestige et la dignité des marques officielles.	
291. Une protection double.	

A. Les signes vestimentaires réglementés.....	167
1) La protection des tenues vestimentaires réglementées.....	168
293. Des symboles de l'autorité publique.	
294. Définition des tenues vestimentaires protégées.	
a) La protection des tenues vestimentaires officielles.....	169
295. Le costume de certains fonctionnaires et officiers publics.	
296. L'uniforme des militaires et des membres de certains corps civils.	
297. Les décorations.	
298. Un exemple de l'évolution de la protection d'une tenue vestimentaire : la robe d'avocat.	
299. Protection des tenues vestimentaires réglementées par l'autorité des États qu'ils représentent.	
300. Tenues vestimentaires exclues de la protection.	
b) La protection élargie des tenues vestimentaires réglementées.....	173
301. Prohibition du costume ou de l'uniforme ressemblant : « faux costume » ou « faux uniforme ».	
302. Prohibition de certaines décorations : les « fausse décoration ».	
2) Les autres signes réglementés.....	174
a) La protection des documents, insignes ou véhicules réglementés.....	175
305. Des accessoires symboliques de l'autorité publique.	
b) La protection élargie de certains documents, insignes ou véhicules et autres emblèmes ou dénominations symboliques.....	176
307. Faux documents.	
308. Insignes ou véhicules ressemblants.	
309. Emblèmes ou dénominations protégés.	
310. Pour conclure sur la protection des signes de l'autorité publique.	
B. La protection des fonctions publiques.....	177
1) Une protection étendue des actes réservés à l'exercice d'une fonction publique.....	177
312. Fonctions de participation quelconque à l'exercice de la puissance publique.	
313. Liste non-exhaustive des fonctions publiques.	
314. Autres fonctions publiques protégées.	
315. Une protection large des fonctions publiques.	
2) La protection des documents réservés à l'exercice d'une fonction publique.....	181
316. La ressemblance avec des documents officiels.	
317. Faux documents.	
318. Utilité relative de l'alinéa 2 du texte de référence.	
Paragraphe 2. La protection des titres, diplômes et qualités officiels.....	183
A. La protection des titres attachés aux professions réglementées par l'autorité publique.....	183
321. Double intérêt du texte de référence.	

1) La protection du titre officiel.....	184
322. Définition double du titre.	
323. Exclusion de certains titres.	
324. Protection de nombreux titres.	
a) La protection des titres attachés aux professions juridiques et judiciaires.....	185
b) La protection des titres attachés aux professions de santé.....	185
327. Médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme.	
328. Pharmacien.	
329. Professions paramédicales.	
330. Vétérinaire.	
2) La protection de la profession distincte de la protection du titre	187
332. Exercice illégal d'une profession.	
333. Distinction entre usurpation de titre et exercice illégal d'une profession.	
334. Liste non-exhaustive de professions protégées.	
B. La protection des diplômes officiels.....	189
335. Protection des diplômes français.	
336. Protection des diplômes étrangers.	
C. La protection de la qualité officielle.....	190
337. Une qualité.	
1) La protection des qualités attribuées par ou sous le contrôle de l'État.....	190
338. Définition de la qualité officielle.	
339. Liste non-exhaustive.	
340. Concernant les titres nobiliaires.	
2) La protection possible de qualités non-officielles : l'usage de fausses qualités	191
341. Fausse qualité.	
342. Exclusion de qualités.	
343. Fausse qualité et remise.	
344. Distinction entre usage de fausse qualité et usurpation de titre ou qualité officiels.	
345. Fausse qualité professionnelle relevant d'un titre ou d'une qualité officiels.	
346. Fausse qualité professionnelle ne relevant pas d'une qualité réglementée.	
347. Qualités non-professionnelles.	
348. Pour conclure sur la protection des signes, fonctions et titres, diplômes et qualités.	
Section II : L'incrimination de l'imitation d'un personnage	195
I. Le port ou l'usage publics et sans droit de signes officiels de l'autorité publique	196
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par port ou usage de signes officiels	196
351. Élément matériel des infractions selon l'objet utilisé par l'agent.	
A. La création d'une apparence illusoire	

par le port ou l'usage publics d'un signe officiel vrai ou faux.....	197
1) Matérialité de l'acte : la création d'une apparence illusoire par la reproduction d'un personnage porteur d'un attribut symbolique.....	197
353. Identité de l'acte matériel des infractions de contrefaçon et de ressemblance.	
2) Une apparence illusoire publique.....	198
354. Publicité du port ou de l'usage du signe.	
355. Port ou utilisation privée du signe.	
B. La preuve de l'aptitude de l'imitation à créer une méprise dans l'esprit du public : nécessité d'une apparence illusoire apte à tromper	199
1) La présomption de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-reproduction par l'utilisation de signes véritables.....	199
357. Imitation-reproduction.	
358. Présomption de l'aptitude de l'imitation à causer une méprise.	
359. Port incomplet du costume ou de l'uniforme.	
360. Inexistence de droit.	
361. Disparition du droit ou suspension du droit.	
362. Existence de droit mais usage irrégulier.	
363. Pour conclure sur l'apparence illusoire créée par usurpation de fonction.	
2) La recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public en cas d'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires	203
364. Infraction de ressemblance.	
365. Imitation-simulacre.	
366. Appréciation <i>in abstracto</i> de la ressemblance.	
367. La prévention des confusions par le législateur.	
368. Exception pour les signes « rappelant » les crimes contre l'humanité.	
369. Pour conclure sur l'acte matériel des infractions de port et d'usage de signes.	
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par le port ou l'usage public d'un signe officiel.....	207
A. L'élément intentionnel de l'imitation-reproduction par utilisation de véritables signes.....	207
371. Intentionnalité de l'imitation par reproduction.	
372. Erreur de fait.	
373. Erreur de droit.	
374. Absence de dol spécial.	
B. L'élément intentionnel dans l'imitation-simulacre par utilisation de signes ressemblants à ceux des fonctionnaires de la police nationale ou aux militaires.....	209
375. Intentionnalité de l'imitation par simulacre.	
376. Intention dans l'article R. 643-1 du Code pénal.	
377. Conclusion sur les comportements d'imitation par port ou usage de signes.	

II. L'usurpation d'une fonction publique.....	210
378. Création d'une apparence illusoire.	

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par usurpation de fonction publique.....	210
379. Deux comportements différents selon l'objet.	

A. L'usurpation par immixtion dans une fonction publique : une présomption de l'aptitude à créer une mépris.....	211
380. Imitation de personnage illicite par immixtion dans une fonction.	

1) La reproduction d'actes réservés : une imitation-reproduction dont l'aptitude à créer une méprise est présumée.....	211
381. Matérialité de l'immixtion.	
382. Actes exacts.	
383. Régularité de l'accomplissement de l'acte non nécessaire.	
384. Présomption du risque de méprise.	

2) L'absence de titre attaché à une fonction publique.....	213
385. Illicéité de l'imitation d'un personnage.	
386. Inexistence du titre.	
387. Disparition du titre.	
388. Invocation possible de la régularité de la nomination par le prévenu.	
389. Conclusion sur l'usurpation de fonction.	

B. L'usurpation par confusion avec une fonction publique : la recherche de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public.....	215
390. Infraction de ressemblance.	

1) Confusion avec l'exercice d'une fonction publique.....	215
391. Imitation-simulacre.	
392. Aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.	

2) Confusion de documents avec des écrits originaux.....	217
393. Double imitation.	

Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de fonction publique.....	217
394. Infractions intentionnelles.	
395. L'élément intentionnel de l'imitation-reproduction par immixtion dans une fonction publique.	
396. L'élément intentionnel de l'imitation-simulacre d'actes réservés à une fonction publique.	
397. Conclusion sur les comportements d'imitation par usurpation de fonction publique.	

III. L'usurpation de titre, de diplôme ou de qualité réglementés par l'autorité publique.....	219
398. Création d'une apparence illusoire.	

Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'usage sans

droit d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité réglementés par l'autorité publique.....	219
399. Absence d'infractions de ressemblance dans l'article de référence.	
A. L'interprétation large de l'article 433-17 du Code pénal.....	220
1) La répression d'une imitation-reproduction.....	220
401. Imitation-reproduction.	
402. Matérialité de l'acte.	
403. Apparence d'une détention du titre.	
2) La répression d'une imitation-simulacre par la jurisprudence.....	222
404. Absence de sanction de l'imitation-simulacre par l'article 433-17 du code pénal.	
405. Sanction de l'imitation-simulacre par la jurisprudence.	
406. Constatation d'une confusion.	
407. Critique d'une solution jurisprudentielle.	
408. Interprétation large des termes « faire usage ».	
409. Possibilité de caractériser une escroquerie.	
B. L'usage sans droit d'un titre, diplôme ou qualité réglementés par l'autorité publique.....	225
410. L'aptitude à causer une méprise à présumer par principe.	
411. Invocation de la légalité de la décision administrative.	
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation d'un personnage par usurpation de titre, diplôme ou qualité	226
412. Une infraction intentionnelle.	
IV. L'exercice illégal d'une profession protégée	227
413. L'imitation illicite d'un personnage en sortant des attributions conférées par la loi.	
Paragraphe 1. La constatation du comportement d'imitation par l'exercice illégal d'une profession réglementé	227
414. Une apparence illusoire.	
A. L'exercice d'une profession réglementée	228
415. Choix d'étude : médecins et avocats.	
1) L'illusion créée par un comportement habituel d'imitation : exemple de l'exercice illégal de la médecine.....	228
416. Une imitation-reproduction.	
417. Des actes réservés.	
418. Les éléments non pris en compte.	
419. Des actes positifs.	
420. La possibilité de caractériser l'escroquerie, en cas d'imitation-simulacre.	
421. Des actes habituels ou direction suivie.	
422. Limite.	
423. Conclusion sur l'acte matériel de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.	
2) L'illusion créée par un comportement unique d'imitation :	

exemple de l'exercice illégal de la profession d'avocat.....	232
425. Une imitation-reproduction.	
426. Des actes exacts.	
427. Des actes non-habituels.	
428. Limite.	
429. Pour conclure sur l'acte matériel de l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat.	
B. Une imitation illicite par absence de qualité à exercer la profession	234
430. Absence de qualité à agir la profession.	
1) Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la médecine.....	235
a) Les personnes non-médecins.....	235
432. Les personnes sans qualité à agir.	
433. Limites à la sanction de l'exercice illégal de la médecine.	
434. L'appréciation par le juge des actes d'imitation.	
b) Les médecins n'ayant pas qualité actuelle	236
435. Différentes situations prévues par le texte.	
436. Le médecin prêtant son concours à des personnes sans diplôme.	
437. Le médecin non inscrit à un tableau de l'Ordre.	
438. Le médecin subissant une interdiction temporaire.	
439. Le médecin étranger.	
2) Les personnes n'ayant pas qualité à exercer la profession d'avocat.....	237
440. Absence de titre actuel.	
441. Disparition du titre.	
Paragraphe 2. L'élément intentionnel de l'imitation illicite d'une profession protégée	239
442. Des infractions intentionnelles.	
443. Pour conclure sur l'imitation d'actes réservés à une profession réglementée.	
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	241
444. La sanction pénale d'imitation illicite de personnages publics.	
445. L'illicéité en l'absence d'autorisation par l'autorité publique.	
446. La sanction d'une imitation-reproduction et d'une imitation-simulacre.	
447. La limitation non justifiée de la sanction d'une imitation-simulacre.	
CONCLUSION DU TITRE I	243
448. L'existence d'infractions d'imitation comportementale personnelle.	
449. Une référence à un modèle : personne ou personnage.	
450. Une représentation préalable du modèle dans l'esprit de l'imitateur.	
451. L'intention de l'imitation.	
452. Des imitations-reproductions et des imitations-simulacres.	
453. L'effet de l'imitation sur le public observateur.	
454. La restriction de la sanction de l'imitation.	

TITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE.....247

- 456. Définition d'une chose.
- 457. Imitation d'une chose et contrefaçon.
- 458. Imitation d'une chose et imitation de personne.
- 459. Problématique de l'imitation d'une chose créée ou fabriquée.
- 460. Démarche du développement.

CHAPITRE I : L'IMITATION DE LA CREATION D'AUTRUI.....251

- 461. Art, création, créateur et imitation.
- 462. Imitation et production.
- 463. Champ d'application du droit de la propriété intellectuelle.
- 464. Théorie de l'unité de l'art.
- 465. Délimitation de l'étude relative à l'imitation de la création.

Section I : La protection de la création contre l'imitation.....253

- 466. Une création protégeable et protégée.

I. Les conditions de fond d'une création protégeable.....253

Paragraphe 1. Les éléments constitutifs d'une création littéraire ou artistique protégeable.....253

A. L'objet de la protection : une œuvre de l'esprit.....254

- 469. La définition juridique d'une œuvre de l'esprit protégeable.
- 470. Un acte matériel.
- 471. Une création intellectualisée et personnelle.
- 472. L'exclusion de l'idée comme objet de protection.
- 473. La communication de l'idée formalisée.

B. Les caractéristiques d'une œuvre de l'esprit protégeable.....258

1) La condition d'originalité.....258

- 475. L'appréciation de la condition d'originalité.
- 476. La définition négative de l'originalité.
- 477. Les deux conceptions de la condition d'originalité.
- 478. Une conception subjective de la condition d'originalité.
- 479. Vers une objectivation de la condition d'originalité.
- 480. Le choix ou la disposition des matières.
- 481. La variation de la conception de l'originalité suivant les œuvres considérées.
- 482. Pour conclure sur les nécessaires conditions à la protection d'une œuvre de l'esprit.

2) Les caractéristiques indifférentes.....264

- 483. Indifférences reconnues par la jurisprudence.
- 484. Indifférence du genre et de la forme d'expression.
- 485. Indifférence du mérite.
- 486. Indifférence de la destination.
- 487. Indifférence de l'accomplissement de certaines formalités.
- 488. La double protection des dessins et modèles selon la théorie de l'unité de l'art.

Paragraphe 2. Les conditions de fond d'une invention.....	267
489. La définition du brevet.	
A. L'objet de la protection : une invention	267
490. L'absence de définition de l'invention.	
491. Les exclusions légales.	
492. Une tentative de définition de l'invention au regard des exclusions légales.	
493. La différenciation des inventions.	
B. Les conditions du brevet protégé : une invention brevetable et brevetée	271
1) La nouveauté de l'invention.....	272
496. La définition de la nouveauté.	
a) L'antériorité dans l'état de la technique	272
497. La définition de l'antériorité.	
498. La définition de l'état de la technique.	
499. Le principe de « nouveauté absolue ».	
500. La preuve d'une antériorité.	
501. L'exclusion de la divulgation.	
502. La divulgation abusive.	
503. La divulgation lors d'une exposition.	
504. L'antériorité et le délai de priorité.	
b) L'antériorité destructrice : l'appréciation de la nouveauté	276
506. La vérification d'une antériorité.	
507. L'antériorité « de toutes pièces ».	
508. L'antériorité suffisante.	
509. L'antériorité certaine.	
510. L'antériorité accessible.	
2) L'activité inventive.....	277
511. La définition de l'activité inventive.	
512. L'appréciation de l'absence d'évidence.	
513. L'appréciation selon l'homme du métier.	
514. L'appréciation de l'activité inventive.	
3) L'application industrielle.....	279
515. L'application industrielle.	
516. L'appréciation de l'application industrielle.	
517. Pour conclure sur les conditions de fond des créations.	
II. Les conditions de forme d'une création protégeable : des conditions supplémentaires pour les brevets.....	280
518. La nécessité d'un acte juridique pour la protection des inventions.	
Paragraphe 1. Le dépôt de la création industrielle.....	280
519. Le dépôt de l'invention. .	
520. Le contenu de la demande de dépôt.	
Paragraphe 2. L'examen de la demande de dépôt d'un brevet.....	281
521. L'examen de la demande de dépôt.	

522. Les effets du dépôt de l'invention industrielle.	
Paragraphe 3. La délivrance d'un titre temporaire	282
524. Le brevet temporaire.	
III. L'étendue de la protection de la création	283
Paragraphe 1. Les droits moraux de l'auteur et de l'inventeur : un droit au respect de son nom et de sa qualité de créateur	284
A. Le droit moral de l'auteur	284
529. Le droit de repentir ou de retrait.	
530. Le droit de divulgation.	
531. Le droit au respect de l'œuvre.	
532. Le droit à la paternité de l'œuvre.	
B. Le droit moral de l'inventeur	289
533. Le droit à la paternité de l'invention.	
Paragraphe 2. Les prérogatives des titulaires du droit d'exploitation	290
A. Les prérogatives communes : le droit de reproduction ou de fabrication	290
536. La reproduction et la fabrication.	
537. La reproduction largement entendue	
B. Les prérogatives spécifiques des créateurs	292
1) Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'auteur	292
a) Le droit de représentation	292
541. La définition de la représentation.	
542. Le droit de représentation.	
b) Le droit de suite	293
543. Le droit de suite non-protégé par le droit pénal.	
2) Les droits attachés au monopole d'exploitation de l'inventeur	293
544. L'exploitation de l'invention.	
545. Pour conclure sur les créations littéraires, artistiques et d'invention.	
Section II : Le comportement d'imitation d'une création ou d'un créateur	295
546. L'imitation d'une création protégée : une contrefaçon sanctionnée.	
547. Les différentes voies de recours à la contrefaçon d'une création.	
I. L'imitation de la création d'autrui	296
Paragraphe 1. L'illicéité de l'exploitation : l'absence d'autorisation du titulaire du droit	296
550. La nécessité d'une autorisation.	
551. Le titulaire du droit privatif.	

A. Inexistence d'une autorisation à reproduire la création.....	298
552. Autorisation et faculté d'interdire la reproduction.	
553. L'absence d'autorisation actuelle.	
554. Une autorisation non équivoque.	
555. Le cas de la création d'un salarié.	
B. Le dépassement de l'autorisation.....	300
557. Un dépassement des limites du consentement.	
558. Une circonstance aggravante.	
559. Une imitation personnelle du titulaire ?	
Paragraphe 2. Le comportement d'imitation illicite de la création d'autrui : l'appréciation d'une imitation et non personnelle.....	301
A. La reproduction parfaite de la création : une imitation sans innovation....	301
1) L'acte de reproduction de la création en droit d'auteur et de brevet.	302
a) L'acte de reproduction en droit d'auteur.....	302
563. La reproduction entendue au sens juridique : une fixation matérielle.	
564. La re-production d'une création : une imitation de la chose servile.	
565. La reproduction quasi-servile d'une création.	
566. La reproduction partielle servile d'une création.	
567. Les limites à la reproduction aux fins d'analyses et courte citation.	
568. Indifférence de la quantité de reproduction.	
b) L'acte de reproduction en droit des brevets.....	305
569. La reproduction en droit des brevets.	
570. La reproduction quasi-servile de l'invention.	
571. La reproduction servile partielle de l'invention. La juxtaposition.	
572. La reproduction servile partielle de l'invention. L'expérimentation.	
573. Pour conclure sur l'acte de reproduction de la création.	
2) L'appréciation de la reproduction parfaite en droit d'auteur et de brevet la recherche d'une apparence de la réalité.....	309
a) La qualification de la reproduction parfaite : une présomption irréfragable du risque de méprise dans l'esprit du public.....	309
575. La qualification de l'imitation : une imitation-reproduction.	
576. Une imitation matérialisée.	
577. L'appréciation de l'imitation de la création.	
578. La présomption de risque de méprise dans l'esprit du public.	
b) Des exceptions à la sanction de contrefaçon : les reproductions et usages sans risque de méprise dans l'esprit du public.....	311
579. L'usage privé et le risque de méprise.	
580. La reproduction à usage personnel.	
581. Une absence de risque de méprise.	
B. La copie imparfaite de la création : une imitation avec innovation de la création.....	312
1) L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur.....	313
583. L'imitation imparfaite avec innovation	
584. Une reproduction non servile. Reproduction sur un autre support.	

585. Les moyens de la reproduction indifférents..	
2) L'acte de copie imparfaite avec innovation en droit des brevets.....	314
586. Moyens et résultat.	
587. La reproduction de moyens combinés.	
588. Le possible perfectionnement.	
3) L'appréciation de la copie imparfaite avec innovation en droit d'auteur et de brevets.....	316
590. Une imitation-simulacre par reproduction.	
591. Compréhension de l'imitation-simulacre par reproduction.	
592. L'appréciation de l'imitation-simulacre par reproduction.	
a) L'imitateur non créateur : la contrefaçon qualifiée par la reprise des éléments essentiels de la création.....	318
α) L'appréciation de l'imitation-simulacre par reproduction	
594. L'appréciation des reproductions plutôt que des ressemblances.	
595. Les deux approches pour l'appréciation.	
596. Appréciation des reproductions portant sur les éléments essentiels de la création.	
β) La présomption irréfutable du risque de méprise dans l'esprit du public	
597. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.	
598. La protection de l'effort intellectuel.	
b) L'imitateur-créateur : la contrefaçon qualifiée selon le rapport entre les ressemblances et les dissemblances.....	322
600. Un imitateur-créateur.	
601. Parodie, pastiche et caricature.	
602. La mise en balance des ressemblances et des dissemblances.	
603. Le Plagiat : imitation-simulacre au sens strict non sanctionné.	
604. Pour conclure sur l'acte d'imitation dans la contrefaçon de la création.	
Paragraphe 3. L'intention de l'imitateur liée à la représentation de la création.....	327
605. La reproduction fortuite.	
A. L'intention présumée de l'imitateur déduite de la représentation de la création-modèle.....	328
606. Une présomption de l'intention de l'imitateur.	
607. Une présomption de l'intention au regard de l'acte matériel.	
B. La difficile preuve du caractère fortuit de l'infraction ou d'une croyance en la licéité de l'acte.....	330
608. Le renversement de la présomption possible.	
609. Pour conclure sur l'imitation reproduction parfaite ou imparfaite de la création.	
II. L'usurpation de qualité de créateur : une imitation personnelle par appropriation illicite d'une création.....	333
611. L'utilisation du nom du créateur : une imitation de personne.	
612. L'utilisation de la qualité : une imitation de créateur.	

Paragraphe 1. L'usurpation de qualité de propriétaire de brevet : une imitation de personnage.....	334
615. Une infraction spécifique d'usurpation de qualité en matière de brevet.	
A. La prise indue de qualité de propriétaire d'un brevet.....	334
616. Prendre la qualité de breveté.	
617. Le constat de l'illicéité.	
618. L'intentionnalité de la prise de qualité.	
B. Une incrimination d'imitation d'un personnage par la création de l'illusion d'être titulaire de droits sur une création.....	336
619. La qualification de l'imitation : une imitation-reproduction.	
620. Une imitation de personnage.	
Paragraphe 2. L'usurpation de qualité de créateur par contrefaçon : une imitation personnelle par appropriation illicite de la création d'autrui.....	337
622. Une atteinte au droit à la paternité.	
623. Le cas de l'inventeur breveté.	
624. La protection des artistes et auteurs.	
A. L'atteinte au droit de paternité du créateur constitutive d'une imitation illicite.....	338
625. Une atteinte aux seuls droits moraux du créateur.	
1) L'atteinte au droit de paternité : création d'une apparence de la réalité	339
627. Une imitation-reproduction personnelle par la création d'une apparence de la réalité.	
628. Une apparence de la réalité illusoire.	
2) Exemple de l'atteinte au droit de paternité de l'architecte	340
629. Le droit de paternité de l'architecte.	
630. Illustrations jurisprudentielles.	
B. Une imitation personnelle sans imitation de la chose : un comportement non répréhensible de manière autonome en pénal....	342
1) Atteinte au droit moral et contrefaçon : les divergences de la doctrine.....	343
633. La doctrine en faveur du refus d'une sanction pénale de l'atteinte au seul droit moral de l'auteur.	
634. La doctrine en faveur de la sanction pénale de l'atteinte au seul droit moral de l'auteur.	
2) Association par la jurisprudence de l'atteinte au droit moral à un acte de reproduction, de représentation ou de diffusion	345
635. Position jurisprudentielle : arrêt du 13 décembre 1995.	
636. Réitération de la solution.	
637. Logique de la position jurisprudentielle.	

3) La limitation de la répression de l'imitation personnelle d'un créateur.....	347
638. L'absence de répression autonome de l'imitation personnelle d'un créateur.	
639. Faible illusion de la réalité.	
640. La relativité de l'absence de répression de l'imitation personnelle.	
CONCLUSION DU CHAPITRE I	349
641. L'imitation, une composante de l'infraction de contrefaçon.	
642. La licéité ou l'illicéité des imitations.	
643. La sanction de l'imitation « matérialisée » de la création d'autrui.	
644. L'absence de sanction de l'imitateur-créateur.	
645. La sanction de l'imitation de personnage en matière de brevet.	
 CHAPITRE II : L'IMITATION D'UNE CHOSE GARANTE DE LA CONFIANCE DU PUBLIC	353
646. Une imitation matérielle.	
647. La fonction de l'objet imité.	
648. Des symboles de valeurs protégées.	
649. L'imitation d'un symbole protégé d'une valeur protégée.	
650. La protection contre la contrefaçon d'autres signes symboliques.	
651. L'imitation conçue comme une atteinte à un intérêt général.	
 Section I : Les objets et instruments de protection.....	355
653. Deux champs du droit prévoyant la protection d'objets symboliques.	
 I. Les instruments de protection de la confiance publique dans le Code pénal : une affirmation de la souveraineté de l'État	355
654. Une protection large de la chose publique.	
 Paragraphe 1. La protection des signes publics concernant directement l'État...356	
A. La protection du signe monétaire de l'État.....	356
656. Définition du signe monétaire de l'Etat.	
657. Cohérence textuelle.	
658. Fondements de la protection.	
659. Textes internationaux.	
 1) La protection de la monnaie ayant cours légal.....	358
660. Notion de cours légal.	
661. Monnaies en attente de mise en circulation.	
662. Monnaies étrangères.	
 2) Protection de la monnaie n'ayant plus cours légal.....	359
663. Une protection récente.	
664. Une infraction commise contre l'État.	
665. Un possible impact économique.	

B. La protection des titres et autres valeurs fiduciaires.....	360
666. Cohérence textuelle.	
667. Effets émis par le Trésor Public ou les Etats étrangers. Timbres-poste, valeurs postales et timbres fiscaux	
C. La protection des marques de l'autorité publique	361
1) La protection des marques de l'État.....	362
668. Trois marques distinctives et symboliques de l'État.	
669. Exclusion des Marteaux de l'État.	
2) La protection des marques des autorités et services publics	364
670. Des symboles de l'exercice de l'autorité publique.	
671. Pour conclure sur la protection des signes publics concernant directement l'État.	
Paragraphe 2. La protection des écrits et autres supports d'expression de la pensée à valeur probatoire.....	365
672. Des faux.	
A. La protection large des actes et supports d'expression de la pensée à valeur probatoire.....	366
673. Le faux général.	
1) Un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée.....	366
675. L'écrit protégé.	
676. Les autres supports de l'expression de la pensée.	
2) Une valeur probatoire	368
678. La preuve d'un droit ou d'un fait.	
679. Un document valant titre <i>ab initio</i> .	
680. Un document valant titre <i>a posteriori</i> .	
681. Exclusions des documents ne valant pas titre.	
B. La protection spéciale des actes délivrés par les autorités publiques.....	370
683. Les faux dits spéciaux.	
684. La limitation des supports.	
685. La protection spéciale des documents d'identité ou de voyage.	
686. Pour conclure sur les signes publics.	
II. Les instruments de protection de la confiance du public dans le code de la propriété intellectuelle : exemple de la marque de fabrique, de commerce ou de service	373
687. Délimitation de l'étude.	
688. La définition de la marque d'entreprise.	
689. Fonction de la marque d'entreprise.	
690. Le principe de spécialité.	
Paragraphe 1. Les conditions de fond de la marque d'entreprise.....	375
691. Diverses catégories de marques.	

A. Un signe susceptible de représentation graphique	376
693. L'exigence d'une représentation graphique de la marque.	
B. Un signe distinctif.....	377
694. Signes distinctifs et non distinctifs.	
695. Marques génériques et usuelles.	
696. Marques descriptives refusées.	
697. Refus des signes trop figuratif.	
698. Exigence d'un signe arbitraire.	
699. Appréciation de la condition de distinctivité.	
700. Marques acquises par l'usage.	
C. Un signe licite.....	380
701. La licéité du signe.	
702. La marque trompeuse.	
703. L'appréciation de la déceptivité.	
D. Un signe disponible.....	382
704. Disponibilité de la marque au regard de droits antérieurs.	
1) Indisponibilité constituée par un signe ou élément distinctif déjà protégé.....	383
707. Antériorité constituée par une marque déposée.	
708. Antériorité constituée par une marque notoire.	
709. Indisponibilité du signe résultant de l'antériorité d'autres éléments distinctifs.	
2) Indisponibilité constituée par un droit antérieur.....	384
711. Antériorité constituée par un droit de la propriété d'une œuvre, d'un dessin ou d'un modèle.	
712. Antériorité tenant à l'existence d'un droit de la personnalité.	
713. Le cas complexe du nom patronymique déposé comme marque.	
714. Antériorité tenant à la défense de certains intérêts des collectivités territoriales.	
715. Autres indisponibilités du signe et de la marque par antériorité d'un droit.	
Paragraphe 2. Les conditions de formes de la marque	388
A. Le dépôt de la demande d'enregistrement de la marque industrielle.....	388
718. La date de dépôt comme départ d'un enregistrement éventuel de la marque.	
719. Le contenu double de la demande d'enregistrement : une représentation du signe associée à une description des produits ou services.	
B. L'examen de la demande d'enregistrement de la marque industrielle.....	389
720. La recherche d'une antériorité manifeste.	
721. L'effet du dépôt.	
722. La délivrance d'un titre temporaire.	
723. Pour conclure sur la marque.	
724. Pour conclure sur la protection des signes garant de la confiance du public.	

Section II : Le comportement d'imitation d'une chose garante de la confiance du public.....390

- 725. Falsification, contrefaçon, copie ressemblante.
- 726. Fabrication d'une chose-instrument protégée.
- 727. Recherche de comportements d'imitation.

I. La fabrication illicite d'une chose publique.....392

- 728. « Chose publique ».
- 729. Présentation historique de la falsification.

Paragraphe 1. La falsification d'une chose publique : Une altération de la réalité avec ou sans modèle.....393

- 731. La définition de la falsification

A. Faux et imitation.....393

- 732. Le faux.
- 733. Deux comportements de faux.
- 734. Le faux sans modèle.
- 735. Le faux avec modèle.
- 736. Pour conclure sur l'imitation et le faux.

B. Imitation et falsification du signe monétaire de l'État.....395

- 737. La falsification avec modèle.
- 738. La falsification sans modèle.
- 739. Pour conclure sur la falsification de la monnaie et l'imitation.

Paragraphe 2. L'imitation d'une chose publique constitutive d'une contrefaçon ou d'une infraction de ressemblance.....397

- 740. Deux infractions distinctes.

A. La caractérisation de l'imitation d'une chose publique au regard de l'acte matériel : des ambiguïtés de compréhension entre contrefaçon et infraction de ressemblance.....398

- 742. Infraction de contrefaçon et infraction de ressemblance.

1) La nature hybride de la contrefaçon d'une chose publique: une imitation-reproduction ou une imitation-simulacre..... 399

a) La contrefaçon caractérisée par une imitation parfaite de la chose publique: une imitation- reproduction.....399

- 744. Une imitation-reproduction.
- 745. La création d'une apparence de la réalité.
- b) La contrefaçon élargie à l'imitation imparfaite d'une chose publique : une imitation-simulacre**.....400

- 746. La sanction du bon comme du mauvais imitateur.

α) L'imitation-simulacre par reproduction d'une chose publique

- 747. L'imperfection de l'imitation de la chose publique.
- 748. Une imitation-simulacre par reproduction.
- 749. La création d'une apparence de réalité fondée sur des éléments de la réalité.

β) La caractérisation d'une contrefaçon par imitation très imparfaite de la monnaie : la recherche discutée d'une

apparence illusoire trompeuse

- 751. Position ancienne de la jurisprudence
- 752. Auteurs en défaveur de la caractérisation d'une contrefaçon en cas d'une imitation grossière de la monnaie.
- 753. Auteurs en faveur de la caractérisation d'une contrefaçon en cas d'une imitation grossière de la monnaie.
- 754. Pour conclure sur la nature hybride de l'infraction de contrefaçon d'une chose publique.

2) L'infraction de ressemblance d'un objet imitant une chose publique : une imitation simulacre stricto sensu.....406

a) L'infraction de ressemblance : la création d'une apparence de la réalité avec risque de méprise d'un public non raisonnable406

- 757. Une imitation-simulacre de la chose publique.
- 758. La création d'une apparence de réalité.
- 759. Une aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.
- 760. Exemples jurisprudentiels.
- 761. Pour conclure sur l'imitation-simulacre d'une chose publique.

b) La possible confusion entre infraction de ressemblance et contrefaçon.....409

- 762. La confusion des infractions par les juges du fond.
- 763. La question du double emploi des infractions.

B. L'intention de l'imitateur distincte suivant l'infraction considérée 410

1) L'exigence d'un dol général pour la caractérisation d'une contrefaçon ou d'une ressemblance.....411

- 765. Le dol général des infractions de contrefaçon ou de ressemblance.
- 766. L'indifférence du mobile.
- 767. L'intention de créer une apparence illusoire.

2) L'exigence d'un dol spécial pour la qualification de contrefaçon....412

a) La contrefaçon de monnaie : une intention de mise en circulation.412

- 769. L'intention de mise en circulation.
- 770. L'exigence d'un dol spécial.
- 771. La différence entre intention de mise en circulation et intention de tromper.
- 772. La présomption de l'intention au regard de l'acte matériel.
- 773. La différence entre intention de mise en circulation et conscience d'une possible mise en circulation.
- 774. La nécessité de prévoir expressément l'intention dans le texte d'incrimination.

b) La contrefaçon de titres et marques émanant de l'autorité publique : une intention de tromper 415

- 776. L'intention de tromper
- 777. Pour conclure sur l'élément moral de l'infraction de contrefaçon et l'infraction de ressemblance.

C. Les modèles possible de l'imitation : une chose, une personne ou un personnage..... 416

1) La prévalence d'infractions sanctionnant l'imitation d'une chose : une protection renforcée des signes de l'État.....416

779. La protection possible des signes publics en tant que création.

780. La sanction majoritaire de l'imitation d'une chose.

2) L'incrimination possible de l'imitation personnelle au travers d'une chose publique. 417

782. La sanction indirecte d'une imitation personnelle par l'infraction de contrefaçon ou de ressemblance.

783. L'infraction prévue d'imitation personnelle.

784. Pour conclure sur l'imitation des signes publics.

II. La fabrication illicite d'une marque de fabrique, de commerce ou de service 420

786. Droit des marques, droit des dessins et modèles et droit d'auteur.

787. Les différents actes de contrefaçons de marques de fabrique.

Paragraphe 1. La sanction du mensonge sur la marque : une altération de la réalité 421

788. La contrefaçon sans modèle.

789. Des comportements portant atteintes à au titulaire de la marque.

790. La contrefaçon avec modèle.

Paragraphe 2. L'imitation de la marque d'une entreprise : la création d'une illusion de réalité aux yeux du public 423

A. L'imitation de la marque : un comportement analysé selon le résultat et le risque d'effet produit sur le public..... 423

793. La différence entre reproduction de marque et usage.

1) L'imitation parfaite d'une marque : incrimination de la création d'une apparence de la réalité.....424

795. L'imitation parfaite d'une marque.

a) L'acte d'imitation parfaite d'une marque d'entreprise : la création d'une double identité.....424

797. La contrefaçon d'une marque par reproduction.

798. Une imitation-reproduction.

799. La reproduction servile.

800. La reproduction quasi-servile.

801. Une apparence de la réalité.

802. Une reproduction dans la même spécialité.

803. Une imitation matérielle double

b) L'appréciation de l'imitation parfaite d'une marque d'entreprise : la recherche d'une apparence de la réalité apte à causer une méprise.....428

α) L'appréciation de l'imitation-reproduction d'une marque

805. Une appréciation synthétique d'une imitation-reproduction.

β) La présomption irréfragable de l'aptitude à causer une méprise dans l'esprit du public

- 806. La définition du risque de méprise en matière de marque d'entreprise.
- 807. L'inutilité de rapporter la preuve du risque de méprise.
- 808. Une présomption irréfragable en cas de double identité.
- 809. La sanction de toute apparence illusoire de la réalité.
- 810. Exemple jurisprudentiel de la Cour de cassation.
- 811. Exemple jurisprudentiel de la Cour de justice.
- 812. Pour conclure sur l'imitation-reproduction de la marque.

2) L'imitation imparfaite d'une marque : l'incrimination de la création d'une apparence de réalité 433

a) Les actes de reproduction et de copie imparfaite d'une marque : des imitations-simulacres..... 433

- 814. Présentation des infractions de ressemblance de la marque.

α) La contrefaçon par reproduction identique du signe pour des produits ou services similaires : une imitation-simulacre par reproduction.

- 816. Le signe reproduit pour des produits ou services similaires.
- 817. Une imitation-simulacre par reproduction.
- 818. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise.

β) La contrefaçon par utilisation d'un signe ressemblant pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans enregistrement : une imitation-simulacre

- 819. Un signe ressemblant pour des produits ou services identiques ou similaires. Une imitation-simulacre.
- 820. L'aptitude de l'imitation à causer une méprise dans l'esprit du public.
- 821. L'appréciation large de l'imitation-simulacre.

b) L'appréciation des imitations-simulacres d'une marque : apparence de réalité et recherche du risque de méprise dans l'esprit du public 437

- 823. L'appréciation des imitations-simulacres.
- 824. L'appréciation possible d'une imitation-simulacre par reproduction.
- 825. L'appréciation possible d'une imitation-simulacre stricto sensu.
- 826. Exception. La présomption du risque de méprise en cas de copie d'une marque notoire.
- 827. Pour conclure sur l'imitation de la marque au regard de l'acte matériel.

B. L'élément intentionnel de l'imitation des marques d'entreprise : une imitation par négligence ou imprudence.....441

- 829. Une protection élargie de la marque contre l'imitation par l'incrimination de la seule négligence.
- 830. Une présomption de l'intention de l'agent.
- 831. La justification de la présomption de l'intention de l'agent.
- 832. Des exceptions.
- 833. La contrefaçon d'une marque d'entreprise pour imiter personnellement son titulaire.
- 834. Pour conclure sur l'imitation de la marque de fabrique, de commerce ou de service.

CONCLUSION DU CHAPITRE II..... 447

- 835. Des infractions d'imitation matérielle et matérialisé.

- 836. Des atteintes à la confiance du public.
- 837. Des imitations-reproductions.
- 838. Des imitations-simulacres par reproduction.
- 839. Des imitations-simulacres.
- 840. L'intention des imitations matérielles.
- 841. Des imitations possibles de personne.

CONCLUSION DU TITRE II 451

- 843. Existence d'infraction d'imitation de choses garantes de la confiance du public.
- 844. L'imitation d'une chose.
- 845. L'imitation d'un personnage.
- 846. Une représentation du modèle.
- 847. Des imitations-reproductions et des imitations-simulacres.
- 848. Des imitations-simulacres par reproduction.
- 849. L'aptitude de l'imitation à causer un risque de méprise.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....453

SECONDE PARTIE : L'IMITATION PLURILATERALE.....455

- 853. L'imitation, une expression comportementale de la mimésis sociale.
- 854. L'imitation plurilatérale en droit pénal.
- 855. Les difficultés d'appréciation de l'imitation plurilatérale en droit pénal.
- 856. Des imitations plurilatérales.

TITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE HORIZONTALE..... 461

- 857. L'imitation horizontale.

CHAPITRE I : IMITATION HORIZONTALE DANS UNE PLURALITE D'INDIVIDUS.....463

- 858. La prise en compte de la pluralité par le droit pénal.
- 859. Les infractions commises par une pluralité.

Section I : Imitation et mimesis dans un groupe restreint 464

- 860. Première définition du groupe : une pluralité unie par un ou des points communs.
- 861. Une certaine « entente » dans le groupe.
- 862. La notion de groupe en psychologie sociale et en criminologie.
- 863. L'imitation dans un groupe restreint d'individus.

I. L'imitation réciproque et interactive entre les membres d'un groupe restreint.....466

- 864. Imitation et psychologie sociale.
- 865. Facilitation sociale par imitation en groupe.
- 866. Facilitation ou inhibition sociale selon la qualité de l'imitation.
- 867. Intentionnalité de l'imitation comportementale en groupe.
- 868. Réciprocité de l'imitation en groupe.
- 869. Imitation horizontale, « co-action » et confusion.
- 870. Pour conclure sur l'imitation dans les interactions sociales

II. L'imitation dans le groupe criminel : un fait social.....470

- 871. Le rôle de l'imitation en criminologie.
- 872. L'imitation dans la genèse du fait criminel.
- 873. L'apprentissage du crime par associations différentielles.
- 874. Imitation, groupe et relation modèle/mime.
- 875. Imitation et groupes de référence.
- 876. Pour conclure sur l'imitation et la criminologie.

III. L'imitation en groupe comme expression comportementale de la mimesis sociale.....474

- 877. Mimésis sociale et groupes asociaux.
- 878. La mimesis comme processus social et socialisant.
- 879. La mimesis sociale non-réduite à un comportement.
- 880. L'imitation plurilatérale, plus qu'une reproduction à l'identique d'un comportement apparent.
- 881. L'existence d'un agir mimétique horizontal.
- 882. Les caractéristiques d'un agir social mimétique.
- 883. Agir social mimétique, modèle de comportement et imitation.
- 884. Agir mimétique, libre arbitre et violence sociale.
- 885. Pour conclure sur l'imitation et la mimésis sociale.

Section II : Droit pénal et criminalité groupale : répression ou prévention d'une imitation plurilatérale illicite par mimétisme horizontal.....481

- 887. Groupes d'identité et groupes d'intérêt en droit pénal.
- 888. Groupes détournés ou créés à des fins criminelles en droit pénal.
- 889. Les infractions collectives ou commises collectivement.

I. Les infractions commises collectivement : un agir mimétique horizontal sanctionné.....483

- 890. Les infractions commises collectivement.

Paragraphe 1. Coaction et complicité dans les infractions commises collectivement, étude préalable à la compréhension d'un agir mimétique horizontal illicite 484

- 891. Participation plurielle infractionnelle et implication individuelle.
- 892. Participation plurielle et responsabilité pénale.
- 893. Participation plurielle et imputation de l'infraction.

A. La définition de la coaction au sens pénal nécessaire à la compréhension d'un agir mimétique horizontal.....486

- 894. Coaction et volonté de s'associer dans l'infraction.
- 895. Coaction et circonstance aggravante.
- 896. La distinction entre coaction et complicité.
- 897. La confusion jurisprudentielle entre les notions de coaction et de complice.
- 898. Les divergences doctrinales sur la coaction.
- 899. La coaction, empreint d'action et de complicité.

B. Composantes de la coaction, préalable à une compréhension d'un agir mimétique horizontal.....490

1) Une dépendance matérielle entre les coauteurs.....490

- 902. L'entente entre les coauteurs.
- 903. L'entente distinguée de la préméditation.
- 904. Une entente plus étroite que la complicité.
- 905. Des actes d'assistance réciproque et concomitants.

2) Des participations équivalentes dans la recherche du résultat infractionnel collectif.....493

- 906. La participation au comportement infractionnel du groupe.
- 907. Le coauteur, une cause déterminante du résultat infractionnel.
- 908. Une indépendance morale.
- 909. Pour conclure sur la coaction et la complicité.

Paragraphe 2. La notion juridique de coaction au regard du concept d'imitation 496

A. Eléments juridiques en faveur d'une lecture de la coaction comme un agir mimétique horizontal illicite 496

- 911. Une infraction commise collectivement, un fait social.
- 912. Rappel des critères de la mimesis social horizontale.
- 913. Rapports possibles entre coaction et mimésis sociale horizontale.

1) L'infraction unique de la coaction soumise à une représentation commune de la scène infractionnelle et à une intentionnalité communément partagée 497

- 914. L'infraction unique, représentation commune de la scène délictuelle.
- 915. La distinction entre le coauteur et le complice au regard de la représentation commune de l'infraction.
- 916. Une représentation commune construite autour d'une même détermination.
- 917. Illustration jurisprudentielle.
- 918. Une détermination tournée vers un même résultat infractionnel.
- 919. Un savoir commun des coauteurs.

2) L'entente pour la coopération mutuelle tournée vers un même objectif 501

- 920. Entente et coopération dans la coaction.

3) Réciprocité des actes conjugués et indépendance morale des coauteurs : des agissements se référant les uns aux autres de façon complémentaire et équivalente.....502

a) Des agissements conjugués et équivalents,

inscrits dans une scène mimétique.....	502
922. Une équivalence des participations individuelles à la coaction.	
923. Des actes simultanés et conjugués par assistance réciproque.	
924. La coaction, un agir mimétique horizontal.	
b) La coaction indépendante à l'imitation comportementale mais liée à la lisibilité de la scène délictuelle.....	503
925. Insignifiante de l'imitation comportementale.	
926. Matérialité de l'acte indifférente.	
927. Imitation circonstancielle.	
928. Incidence de l'imitation comportementale sur la lisibilité de la scène délictuelle.	
929. Pour conclure sur la coaction et la mimésis sociale.	
B. Théorie de la scène unique de violences et interprétation des violences collectives à l'aune du concept d'imitation.....	507
930. Les violences volontaires.	
931. Les violences mortelles exclusives d'une intention de tuer la victime.	
932. Les violences volontaires en réunion.	
933. Les difficultés d'appréciation de certaines violences volontaires commises en réunion.	
934. De la diversité des solutions à l'impossible individualisation des actes.	
935. Solutions possibles.	
936. Solution retenue par la jurisprudence.	
1) La scène unique de violences : une scène d'agir mimétique et de possible imitation comportementale.....	513
a) La scène unique de violence éclairée par la notion de mimesis sociale.....	513
938. L'appréciation jurisprudentielle.	
939. La justification des solutions jurisprudentielles.	
b) Une scène possible d'imitation plurilatérale.....	515
940. Deux scènes illisibles de violences collectives.	
α) Impossibilité de préciser l'auteur du dommage : une imitation parfaite	
941. Des imitations parfaites ou de reproduction	
942. Imitation parfaite et impossible individualisation des actes.	
943. Application de la tentative inefficace.	
944. Critique de l'application de la tentative et de l'infraction impossible.	
β) Impossibilité de déterminer les conséquences respectives des différents actes accomplis	
946. Des imitations imparfaites ou simulacres.	
947. Exemple jurisprudentiel.	
948. L'équivalence des actes ressemblants.	
949. Les effets conjugués des comportements ressemblants.	
950. Les atteintes à l'intégrité psychique.	
2) La suffisance de la théorie de la scène unique de violence.....	523
952. Critique théorique de la complicité corespective.	
953. Innovation dans la scène et circonstances aggravantes.	
954. Pour conclure sur la scène unique de violence et l'agir mimétique dans la coaction.	

II. La répression des infractions collectives par nature : une prévention possible mais non exclusive de l'imitation plurilatérale criminelle.....527

955. Les infractions collectives par nature.

A. Les infractions collectives par nature stricto sensu : présomption d'un agir mimétique.....529

- 956. L'association de malfaiteurs.
- 957. Les associations de malfaiteurs « spéciales ».
- 958. Les autres infractions collectives par nature.
- 959. Une compréhension large des infractions collectives par nature.
- 960. Une sanction possible d'un agir mimétique illicite.
- 961. La sanction de tout acte de participation.
- 962. L'élément moral allégée.
- 963. La sanction d'une entente et d'un délit d'appartenance.
- 964. La prévention possible des agirs mimétiques criminels fondée sur une présomption.
- 965. Pour conclure sur les infractions collectives par nature au regard du concept d'imitation.

B. La circonstance aggravante de bande organisée, une circonstance réelle.....536

- 966. La notion de bande organisée.
- 967. Distinction entre bande organisée, réunion et association de malfaiteurs.
- 968. Bande organisée, sanction de l'appartenance à un groupe organisé.
- 969. Pour conclure sur la bande organisée au regard du concept d'imitation.

CONCLUSION DU CHAPITRE I.....541

- 970. L'imitation horizontale ou l'agir mimétique horizontal dans un groupe criminel.
- 971. La coaction, un agir mimétique horizontal.
- 972. Les infractions par nature collective, un agir mimétique occasionnel.

CHAPITRE II : L'IMITATION PLURILATÉRALE DANS UNE MULTITUDE D'INDIVIDUS..... 543

- 974. L'imitation plurilatérale dans une multitude d'individus.
- 975. La foule, une pluralité complexe.
- 976. La foule, lieu possible d'une double imitation.
- 977. L'étude de la foule criminelle.

Section I : La foule ou la masse criminelle comme une multitude agissante 544

I. Définition et composition de la foule criminelle.....545

Paragraphe 1. Définitions de la foule et de la foule criminelle 545

- 980. La foule et les autres groupements.
- 981. Une multitude anonyme.
- 982. Un ensemble hétérogène d'individus.
- 983. Une finalité commune.

- 984. Une origine circonstancielle.
- 985. Une masse sociale instable et éphémère.
- 986. Foule spontanée ou provoquée.
- 987. La formation de la foule « spontanée ».
- 988. La formation de la foule « provoquée ».
- 989. La foule détournée à des fins criminelles.
- 990. La définition de la foule criminelle.
- 991. La question de l'entente dans la foule détournée à des fins criminelles.

Paragraphe 2. Composition de la foule et de la foule criminelle.....552

- 992. « L'âme de la foule ».
- 993. La présence d'un ou plusieurs meneurs dans la foule.
- 994. Meneurs invisibles ou apparents.
- 995. L'ascendance immédiate du meneur.
- 996. Le rôle des meneurs.
- 997. Distinction entre meneur et perturbateur ou excitateur.
- 998. Les Menés.
- 999. Les individus ou groupes antisociaux dans la foule.
- 1000. Pour conclure sur la composition de la foule.

II. Éléments de compréhension des phénomènes de foule applicables à la foule criminelle.....558

- 1001. Tentative d'explication des phénomènes de foule..

Paragraphe 1. Quelques processus à l'œuvre dans les mouvements de foule.....558

- 1002. L'«Unité mentale» de la foule..

A. L'imitation comportementale dans la foule.....558

- 1003. Une imitation collective.
- 1004. Une imitation comportementale.
- 1005. Le passage d'une imitation unilatérale à des imitations mutuelles et réciproques
- 1006. La notion de foule complexe au regard de l'imitation.

B. La contagion mentale à la source de l'imitation comportementale.....561

- 1007. La contagion mentale.
- 1008. Une désindividuation propice à la contagion mentale.
- 1009. Une contagion des émotions et des idées.
- 1010. Une vulnérabilité inégale à la contagion mentale.

C. La suggestion mentale dans la foule 562

- 1012. La suggestion de comportements par des meneurs.
- 1013. La suggestion horizontale.
- 1014. Pour conclure sur la définition de la foule et sa composition.

Paragraphe 2. La foule conçue comme le lieu d'un agir mimétique horizontal 564

- 1015. Des phénomènes mimétiques.

A. Une représentation commune de l'événement en évolution constante.565

- 1016. La représentation commune.
- 1017. La représentation dans la foule spontanée.

- 1018. La représentation dans la foule provoquée.
- 1019. Une représentation évolutive.
- 1020. Le contenu de la représentation.
- 1021. Pour conclure sur la représentation commune de l'évènement.

B. Des agissements intentionnellement partagés en référence mutuelle .567

- 1022. Des agissements par mimétisme.
- 1023. La référence à celui qui suggère l'image.

C. Une coopération mutuelle dans l'action 569

- 1024. La coopération mutuelle entre les actants.
- 1025. Coopération et foule complexe.
- 1026. Pour conclure sur les phénomènes de foule et de foule criminelle.

Section II : Infractions et mesures destinées à prévenir ou réprimer une imitation illicite plurilatérale par contagion 571

- 1027. Le droit et la foule.

I. La manifestation et l'attroupement : des exemples de foules réglementées ou tolérées.....572

- 1028. Compréhension des termes.

Paragraphe 1. La manifestation : une foule en principe organisée soumise à déclaration.....573

- 1030. Une notion historiquement évolutive.

A. L'expression collective et publique d'une opinion ou volonté commune574

- 1031. L'absence de définition légale de la manifestation.
- 1032. La définition jurisprudentielle de la manifestation.
- 1033. D'une pluralité à la multitude.
- 1034. Un rassemblement statique ou en mouvement.
- 1035. Une expression sur la voie publique.
- 1036. Un exercice collectif de la liberté d'expression garanti et protégé.
- 1037. Un événement soumis à réglementation.

B. Une réglementation préventive de troubles à l'ordre public.....577

- 1038. Le régime juridique de la manifestation.
- 1039. Une déclaration préalable.
- 1040. Une liberté soumise à autorisation.
- 1041. Une réglementation de moins en moins appliquée, au risque de débordements imprévisibles.
- 1042. Pour conclure sur la manifestation et ses risques de débordements.

Paragraphe 2. L'attroupement : une foule tolérée 581

- 1043. L'attroupement, pluralité ou multitude.

A. L'attroupement : une foule tolérée hors le trouble à l'ordre public.....582

- 1044. Une tolérance de l'attroupement.
- 1045. Une pluralité et une finalité indifférente.
- 1046. Un rassemblement dans tout espace public.

- 1047. Un risque potentiel et avéré de trouble à l'ordre public.
- 1048. L'appréciation du risque de l'attroupement par l'autorité compétente.

B. La dispersion de l'attroupement risquant de troubler l'ordre public...585

- 1050. La dissipation de l'attroupement.
- 1051. Deux actes de sommation à se disperser.
- 1052. Le déroulement des sommations.
- 1053. L'usage de la force publique pour dissiper le rassemblement.
- 1054. L'usage de la force sans sommation préalable.
- 1055. Pour conclure sur la foule réglementée ou tolérée.

II. Réponse législative visant les débordements d'une foule criminelle ou détournée à des fins criminelles 590

- 1056. Le crime commis par ou dans la foule.

Paragraphe 1. Les mesures préventives des débordements de la manifestation par exclusion des excitateurs potentiels 590

- 1057. L'éloignement des perturbateurs de la foule.

A. Mesures par sécurité en amont de la manifestation 591

- 1058. L'interdiction administrative de port et de transport d'une arme.
- 1059. Les mesures de sécurité exceptionnelles. Exemple des manifestations sportives.

B. Mesures par réaction en aval de la manifestation 593

- 1061. L'interdiction judiciaire de manifester.
- 1062. Les mesures de réactions en matière sportive.
- 1063. Pour conclure sur les mesures préventives des mouvements de foule.

Paragraphe 2. Les mesures de répression au cours d'un rassemblement 596

- 1064. Les infractions prévues par le législateur.
- 1065. La perception des infractions dans une foule.
- 1066. L'engagement impossible d'une responsabilité collective..
- 1067. La recherche des responsabilités individuelles.

A. La suggestion à des actes criminels dans les mouvements de foule 598

- 1068. Foule et mimétisme délictuel.
- 1069. La suggestion horizontale de la multitude.
- 1070. La préméditation des excitateurs.
- 1071. L'entente spontanée au sein de la foule.
- 1072. La suggestion non-exclusive du libre arbitre.
- 1073. Les causes d'atténuation ou de disparition de responsabilité.

B. L'engagement de la responsabilité individuelle d'un participant à la foule soumis à l'appréciation de l'existence d'une entente 602

- 1074. Les difficultés d'appréciation des infractions commises dans la foule.

1) L'appréciation de la responsabilité individuelle dans les mouvements d'une foule criminelle 603

a) La foule criminelle dès sa formation : une entente préalable à l'action criminelle 603

1076. La préexistence de la représentation de la scène délictueuse.	
1077. L'exemple du mouvement insurrectionnel.	
1078. L'entente préalable à la foule criminelle.	
b) La foule détournée à des fins criminelles : des ententes préalables ou instantanées à l'action criminelle.....	605
1079. Foule et débordements de foule.	
1080. Compréhension des mouvements de foule.	
α) Significations des mouvements de la foule détournée à des fins criminelles : la foule décomposée en groupes restreints	
1081. La foule, lieu d'une illusion à lever pour identifier les délinquants.	
1082. La caractérisation de l'entente.	
1083. Des ententes groupales délictueuses au sein de la foule.	
β) Les outils probatoires permettant d'élargir la qualification des crimes commis dans la foule	
1084. La nécessité d'une certitude quant à l'accomplissement de l'infraction.	
1085. Utilité et limites de la vidéosurveillance.	
1086. La question de la dissimulation du visage.	
1087. Utilité et fragilité des témoignages.	
1088. Des situations où l'impunité est inévitable.	
1089. Pour conclure sur la sanction des infractions commises dans la foule.	
 2) La réparation des dommages causés par des mouvements de foule.....	 612
1090. Le régime favorable aux victimes.	
1091. La responsabilité de l'organisateur.	
1092. La responsabilité civile de l'organisateur.	
1093. La responsabilité de l'Etat.	
 CONCLUSION DU CHAPITRE II	 615
1094. La foule, un lieu d'agirs mimétiques.	
1095. La nécessité de décomposer la foule afin de saisir les responsabilités individuelles.	
1096. Les mesures préventives et les réparations des dommages.	
 CONCLUSION DU TITRE I.....	 617
1097. L'existence d'une imitation plurilatérale horizontale illicite.	
1098. La prise en compte par le droit pénal d'un agir mimétique horizontal.	
1099. La justification de la coaction.	
1100. La limitation de la coaction à la pluralité.	

TITRE II: L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE.....	619
1101. Imitation plurilatérale verticale.	
1102. Suggestion d'un modèle licite ou illicite.	
1103. La recherche d'une provocation à l'imitation dans le droit pénal.	
1104. Différentes provocations.	
CHAPITRE I : L'IMITATION PLURILATÉRALE VERTICALE OU IMITATION PROVOQUÉE	621
1105. L'imitation verticale d'un meneur.	
Section I : Les interactions meneur/ menés(s) dans l'imitation plurilatérale verticale	621
1106. Des relations horizontales et verticales.	
1107. Le meneur-provocateur à l'action des menés.	
I. La puissance suggestive du meneur.....	622
1108. La position dominante du meneur.	
Paragraphe 1. Un ascendant fondé sur le prestige du meneur	622
1109. Meneurs et provocateurs.	
1110. Distinction entre meneur et exciteur.	
1111. Tous les groupes ont un meneur.	
1112. Distinction entre « suggesteur », chef élu et meneur.	
1113. Distinction entre meneur immédiat et meneur médiateur.	
1114. Le prestige du meneur.	
1115. Pour conclure sur l'ascendant et le prestige du meneur.	
Paragraphe 2. L'action suggestive du meneur	629
1117. Une volonté de suggérer l'action du groupe.	
1118. Suggestion individuelle et suggestion collective.	
1119. Les procédés de suggestion dans la relation verticale. L'affirmation. La répétition. La contagion.	
1120. La suggestion réciproque du provocateur par les menés.	
1121. L'effet de la suggestion sur la pluralité ou la multitude.	
II. La mise en actes d'une imitation plurilatérale verticale ou imitation(s) provoqué(s).....	634
1122. Mimesis horizontale et mimesis verticale.	
Paragraphe 1. La création et la communication d'une représentation par le meneur/ provocateur	635
1123. La représentation créée par le « meneur-provocateur ».	
1124. Le contenu de la représentation créée par le « meneur-provocateur ».	
1125. La communication de la représentation créée par le « meneur-provocateur ».	
Paragraphe 2. La réaction du mené/provoqué : vers un agir mimétique vertical et réciproque.....	636
1126. La relativité de la suggestion.	
1127. L'absence possible d'effet de la provocation.	

- 1128. L'effet recherché de la provocation : un agissement de la représentation communiquée.
- 1129. Un agir mimétique et une imitation plurilatérale verticale.
- 1130. Un agir mimétique vertical et réciproque.

Paragraphe 3. La contagion de la provocation :

vers des agirs mimétiques horizontaux.....638

- 1131. La communication d'un modèle à une pluralité ou multitude.
- 1132. Une homogénéisation de la pluralité ou de la multitude.
- 1133. L'agir mimétique entre personnes réunies ou éparses.
- 1134. Pour conclure sur le processus d'imitation plurilatérale verticale.

Section II : La provocation à l'imitation en droit pénal 641

- 1136. Rappel de la prise en compte en droit pénal de la mimesis horizontale.
- 1137. Le provocateur en droit pénal.
- 1138. Provocation avec imitation et provocation sans imitation.

I. Des provocations illicites à l'agir mimétique illicite.....643

- 1140. Les provocations en droit.
- 1141. Différentes catégories de provocation.
- 1142. La « provocation- influence » à des actes illicites.
- 1143. La potentialité dangereuse d'un individu provocateur à des actes illicites.

Paragraphe 1. La notion juridique de provocation.....645

A. Le provocateur, complice d'une infraction.....645

- 1145. La provocation, un cas de complicité en droit pénal.
- 1146. La provocation, une complicité par instigation.
- 1147. La provocation à distinguer de l'instruction.
- 1148. La double condition de la complicité par provocation.
 - La mise en œuvre de moyens de provocation.
 - Un effet provoqué : le constat d'un résultat juridique.
- 1149. La provocation par voie de presse.

B. Le provocateur, auteur d'une infraction 648

- 1150. Des provocations illicites autonomes.

Paragraphe 2. Des procédés de provocations favorables à un agir mimétique vertical.....649

A. Les moyens de provocation.....649

- 1152. Des moyens matériels et intellectuels.
- 1153. Des textes inégaux quant aux moyens de provoquer.
- 1154. Des moyens ordinaires de provocation.
- 1155. La menace.
- 1156. L'ordre et l'abus d'autorité.
- 1157. La pression.
- 1158. La violence.
- 1159. Le don.

- 1160. La promesse.
- 1161. Autres manœuvres possibles.

B. Provocations et altération de la liberté du provoqué.....654

1) La provocation par contrainte exclusive d'une provocation à l'imitation.654

- 1163. La définition de la contrainte.
- 1164. Une annihilation de la liberté du provoqué.

2) La provocation par tromperie exclusive d'une provocation à l'imitation.655

- 1165. Provocation et tromperie.

3) La provocation par persuasion : une provocation possible à l'imitation.656

- 1166. Deux catégories de persuasion.
- 1167. La persuasion simple.
- 1168. La persuasion complexe ou par manipulation mentale.
- 1169. La manipulation mentale connue en matière d'abus de faiblesse.
- 1170. Une sujétion psychologique et une emprise.
- 1171. La provocation possible par la manipulation mentale.
- 1172. L'utilisation de manœuvres de persuasion.
- 1173. La provocation par persuasion à une imitation comportementale.
- 1174. Pour conclure sur les moyens de provocation.

II. Des agirs mimétiques illicites provoqués par persuasion.....662

Paragraphe 1. La création et la communication de la représentation d'une scène illicite par le provocateur.....662

A. La création d'une représentation par le provocateur : des images mentales illicites diversifiées.....663

1) La provocation directe à un comportement illicite.....663

- 1178. De nombreuses provocations directes.
- 1179. Compréhension subjective rejetée de la provocation directe.
- 1180. Compréhension objective retenue de la provocation directe.
- 1181. Une provocation à une infraction déterminée
- 1182. La création par le provocateur de la représentation d'une action illicite.
- 1183. L'expression orale ou non verbale de la provocation.
- 1184. Les données insignifiantes à la caractérisation de la provocation directe.
- 1185. **Pour conclure sur la provocation directe.**

2) La provocation indirecte à un résultat infractionnel.....667

- 1186. La notion de provocation indirecte.
- 1187. La création par le provocateur de la représentation d'un résultat.
- 1188. La distinction entre apologie et provocation.
- 1189. Le rappel non créateur d'une image mentale par l'apologiste.
- 1190. **Pour conclure sur la représentation créée par la provocation.**

B. La communication de la représentation créée par le provocateur.....673

- 1191. Une communication individuelle ou collective.

1) Des provocations publiques et impersonnelles : une communication large de la représentation..... 674

1192. Une provocation impersonnelle

1193. Les moyens de communication de la provocation publique.

a) Les moyens de communication communs aux provocations publiques 676

1194. Les moyens matériels de communication.

1195. Compréhension de la condition de publicité.

1196. Les moyens immatériels de communication.

b) La communication publique exclusive de la diffusion à des personnes liées par une communauté d'intérêts.....678

1197. L'existence d'une communauté d'intérêts.

1198. Pour conclure sur la communication publique d'une représentation illicite.

2) Des provocations non publiques et à personnes déterminées : une communication limitée de la représentation.....680

1199. Une communication limitée.

1200. Des provocations non publiques.

1201. Des provocations déterminées.

1202. Pour conclure sur la communication d'une représentation illicite

C. L'intentionnalité de la provocation : une volonté de communiquer la représentation créée d'une image mentale illicite.....682

1203. Des provocations intentionnelles.

1204. L'intention de provoquer une infraction.

1205. L'intentionnalité de la provocation par voie de presse.

1206. La volonté délibérée de provoquer dans l'infraction autonome.

1207. L'exclusion de l'absence de volonté.

1208. La volonté de communiquer la représentation d'une image mentale illicite.

Paragraphe 2. La caractérisation possible par le droit pénal d'un agir mimétique vertical effectif ou potentiel.....685

1209. Des provocations suivies ou non d'effet.

A. La provocation matérielle : une réception et des agissements nécessaires de la représentation illicite.....686

1) Les provocations matérielles.....686

1211. Un résultat matériel exigé.

1212. La réception et l'agissement de la représentation par le ou les provoqués.

2) La provocation matérielle d'un agir mimétique vertical effectif.....687

1213. La représentation de l'acte infractionnel dans l'esprit du provoqué.

1214. La caractérisation d'une mimésis sociale verticale ou imitation plurilatérale déterminée par deux volontés.

1215. Un comportement d'imitation reproduction ou simulacre.

1216. La juxtaposition d'infractions provoquées.

B. Provocation formelle : une potentialité d'agissements de la représentation illicite.....690

1217. Les provocations formelles.

- 1218. Une prévention d'un risque ou d'un danger de perpétuation d'un comportement illicite.
- 1219. Utilité des infractions autonomes de provocation.
- 1220. Un conflit de qualifications possible.
- 1221. La sanction de la création d'une représentation d'image illicite : sanction d'une **personnalité dangereuse**.

CONCLUSION DU CHAPITRE I..... 695

- 1222. Proposition d'une description conceptuelle d'un processus d'imitation plurilatérale verticale.
- 1223. Des provocations d'imitation.
- 1224. Une provocation à l'imitation plurilatérale verticale.
- 1225. Les provocations non suivies d'effet.

CHAPITRE II : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU PROVOCATEUR ET DU PROVOQUE..... 699

- 1226. Responsabilité et provocation.
- 1227. Responsabilité et culpabilité.
- 1228. Problématiques posées par la provocation.

Section I : La faute de la faute : la responsabilité et l'imputation du provocateur 701

- 1230. Exigence d'un fait générateur.

I. La contribution causale de la provocation 702

- 1231. Le lien de causalité
- 1232. L'exigence du lien de causalité entre acte de provocation et acte provoqué.
- 1233. Causalité probable et responsabilité pénale.
- 1234. La provocation en cause d'un événement illicite.

Paragraphe 1. Exigence d'une contribution causale à l'infraction provoquée .705

- 1236. La causalité nécessaire à la complicité par provocation.
- 1237. La causalité imprécise de la complicité par provocation.
- 1238. La constatation d'un adminicule *a priori* suffisante.
- 1239. L'appréciation *in concreto* et *in abstracto* de la causalité.
- 1240. La provocation suivie d'effet et appréciation *in concreto*.
- 1241. La preuve facilitée de la provocation directe.
- 1242. L'intérêt de la causalité subjective.
- 1243. L'appréciation d'une causalité subjective par la recherche de manœuvres persuasive de provocation.
- 1244. La causalité subjective et imitation plurilatérale verticale.

Paragraphe 2. Exigence d'une causalité virtuelle de l'infraction de provocation non suivie d'effet.....712

- 1245. La causalité et prévention des effets d'une provocation.
- 1246. L'appréciation de la causalité virtuelle.
- 1247. L'appréciation *in abstracto*.
- 1248. Causalité virtuelle et provocation directe non suivie d'effet.
- 1249. Causalité virtuelle et provocation indirecte non suivie d'effet.

- 1250. Infractions de provocation non suivie d'effet et imitation plurilatérale verticale.
- 1251. Pour conclure sur la causalité en matière de provocation.

II. L'absence d'homogénéité dans la répression de la provocation ou de l'instigation : proposition d'une nouvelle qualification de participation en matière d'instigation par provocation..... 716

- 1252. Imputation.
- 1253. Différentes qualifications.

Paragraphe 1. Critiques des fondements actuels de la répression du provocateur.....717

- 1254. Hétérogénéité et inadéquation du système d'imputation.
- 1255. Les différents fondements de la répression du provocateur.
- 1256. La complicité.
- 1257. L'auteur moral.
 - Doctrine en faveur du maintien de la qualification du provocateur comme complice.
 - Doctrine en faveur d'une qualification autonome du provocateur.
- 1258. L'auteur médiateur.
- 1259. Le contournement des notions par la jurisprudence.
- 1260. Les critiques des contournements de la jurisprudence.
- 1261. Proposition critiquée d'une imputation de coauteur moral.

Paragraphe 2. Intérêt d'une qualification *sui generis* d'auteur moral.....726

- 1262. Une proposition de la qualification d'instigateur.
- 1263. Qualifications et droit comparé.
- 1264. Volonté d'une qualification par une partie de la doctrine.
- 1265. Intérêt d'une qualification *sui generis* d'auteur moral fondé sur l'appréciation d'une causalité double.
- 1266. Pour conclure sur le provocateur.

Section II : La responsabilité et la peine du provoqué suggestionné.....731

- 1267. La responsabilité pénale, un concept juridique et criminologique.
- 1268. La sanction du provoqué manipulé à accomplir des actes d'imitation illicite.

I. La limitation des causes « excusant » la provocation à des actes d'imitation illicites.....732

- 1269. Le provocateur, « faute de la faute ».
- 1270. Atténuation ou disparition de la responsabilité du provoqué.

Paragraphe 1. La provocation rarement admise à l'effacement de la responsabilité pénale 733

- 1271. L'imputabilité nécessaire à l'engagement de la responsabilité.
- 1272. La contrainte externe, cause d'irresponsabilité pénale.
- 1273. L'admission de faits justificatifs à la disparition de la responsabilité.
- 1274. Le libre arbitre conservé du provoqué manipulé.
- 1275. L'adhésion volontaire à la suggestion verticale.

Paragraphe 2. Limitation de l'excuse absolutoire de l'injure provoquée	735
1276. L'excuse légale de l'injure en réponse à la provocation.	
1277. L'ancienneté de l'excuse de provocation.	
1278. La limitation de l'excuse de provocation à l'injure.	
A. Le contenu de la provocation indifférent à l'imitation	737
1279. La suffisance d'un acte illicite au sens civil.	
1280. L'absence d'exigence d'une provocation à l'imitation verticale	
B. Une riposte mimétique du provoqué	739
1281. Les limitations à l'application de l'excuse de provocation.	
1282. Un agir mimétique en riposte à la provocation.	
1283. Une imitation unilatérale.	
1284. L'excuse de provocation non-exclusive d'une imitation.	
1285. Pour conclure sur l'excuse absolutoire de provocation.	
II. Adaptation nécessaire de la sanction et de la peine du provoqué à l'infraction	743
1287. Théorie de la sanction.	
Paragraphe 1. Rappel de l'utilité de la peine	744
1288. La peine.	
A. La peine tournée vers le passé	744
1289. La peine rétributive.	
1290. La peine réparatrice.	
B. La peine tournée vers le futur	746
1292. La peine dissuasive.	
1293. La quantification de la valeur de la dissuasion.	
1294. La peine éliminatrice.	
1295. Amendement du condamné, insertion ou réinsertion.	
1296. La conception humaniste de la prison et textes.	
1297. Amendement et prononcé de la peine.	
Paragraphe 2. L'individualisation de la peine du provoqué persuadé	749
1298. La notion d'individualisation de la peine.	
1299. Le juge pénal et l'individualisation de la peine	
1300. L'individualisation de la peine prévue par les textes.	
1301. L'individualisation de la peine en matière de provocation.	
1302. La motivation de la décision des juges.	
1303. Pour conclure sur l'individualisation de la peine du provoqué.	
CONCLUSION DU CHAPITRE II	755
1304. Causalité objective et causalité subjective.	
1305. Nécessité de qualifier le provocateur de façon autonome.	
1306. Responsabilité du provoqué.	
CONCLUSION DU TITRE II	757
1307. La sanction de la provocation à une imitation plurilatérale verticale.	
1308. L'appréciation de la provocation à une imitation plurilatérale verticale.	

1309. L'appréciation de l'acte d'imitation provoqué.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 759

1311. La compréhension de l'imitation plurilatérale verticale.

1312. L'imitation plurilatérale horizontale.

1313. L'imitation plurilatérale verticale.

1314. La proposition d'une grille de lecture des infractions d'imitation plurilatérale.

CONCLUSION GENERALE..... 761

1315. D'un résultat matériel à l'imitation comportementale.

1316. L'imitation, un agir mimétique.

1317. Des imitations unilatérales et plurilatérales.

1318. L'Imitation unilatérale.

1319. L'Imitation plurilatérale.

1320. Une définition de l'imitation comportementale illicite.

1321. Autres constatations.