

Rapport de synthèse *

Pierre-Yves GAUTIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ. — L'immatériel envahit nos vies. Le droit, tout le droit, est alors forcément concerné. Comment réagir ? Avant d'adopter un comportement réactif, positif ou négatif et peut-être se remettre en question, il faut comprendre le phénomène de propagation dans le réel par ce qui n'est point palpable par certains de nos sens, comme le toucher. Tout est alors dans la connaissance et la perception du phénomène par notre entendement. Alors, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une aube et point d'un crépuscule.

1. Voilà un sujet qui constitue le carrefour du droit et de la philosophie, mais aussi de la théologie, ainsi que l'a souligné R.-M. Rampelberg. Écoutons, par conséquent Nicolas Oresme, théologien du XIV^e siècle, natif de Basse-Normandie, traducteur de l'*Éthique* et de la *Politique* d'Aristote, dans la définition qu'il donnait de l'Âme : « ni corporelle, ni matérielle, mais incorporelle et spirituelle ».

L'Âme, le siège de la pensée et de la sensibilité, le socle de la métaphysique.

Avant de repenser le droit, appliqué à l'immatériel, encore faut-il d'abord l'avoir pensé, c'est-à-dire réfléchi avec humilité (comme le faisait si bien notre ami Bruno Oppetit, notre Oresme) sur le traitement approprié à appliquer à ce phénomène envahissant nos sociétés.

C'est ce que nous avons tenté de faire pendant ces deux journées.

Repenser, c'est *re pendere*, reconsidérer la chose. Ce que fit un Planiol, à propos des droits réels, sur l'idée séduisante qu'il n'est de pouvoir juridique que sur les hommes. Je n'ai besoin de personne pour cultiver mon jardin.

Mais les opéras de Mozart, les titres de créance négociables, les données des sites Internet ?

Toutes choses immatérielles, qui ne se touchent pas du doigt, pour reprendre le critère favori des Romains en droit des obligations.

* Cette présentation est la reproduction du rapport de synthèse présenté par l'auteur à l'issue du Colloque de l'Association française de philosophie du droit sur le thème de l'immatériel.

2. Pourquoi éprouvons-nous un désarroi ? Parce que l'œuvre est représentée, les titres vendus et achetés, le site Internet très consulté. De sorte que *l'immatérialité est bien une réalité économique et donc juridique*.

Les théologiens ont soif de connaître l'essence de l'Âme. Pour nous, jurisconsultes, il s'agit d'aller jusqu'à l'essence du droit, de vérifier son immense capacité d'absorption des phénomènes de la Nature ou du génie des hommes.

Repenser le droit ? Encore faut-il vérifier s'il mérite qu'on le jette à bas.

Il n'en a peut-être pas du tout envie...

Méfions-nous des pseudo révolutions, souvent dictées par l'affolement et l'amateurisme, ainsi qu'Elie Cohen l'a rappelé hier, assez durement.

Repenser le droit, parce qu'il serait fatigué, épuisé. Combien de jours, encore, jusqu'à l'an 2000 ?

Tout cela est assez faux. Première partie : Reconsidérer l'entendement juridique ? Deuxième partie : Reconsidérer le commandement étatique ?

I. — RECONSIDÉRER L'ENTENDEMENT JURIDIQUE ?

3. Avec René-Marie Rampelberg, nous sommes remontés à Gaïus, qui faisait déjà la distinction entre les *res corporales* et *incorporales* ; les rapports avec la philosophie sont étroits, puisqu'il s'agit de distinguer ce qui relève de la matière et ce qui touche à l'esprit.

L'histoire démontre qu'une fois cette distinction effectuée, il n'en reste pas moins qu'il s'agit dans tous les cas, jardin ou symphonie, de jouir d'une utilité grâce à un pouvoir exclusif, établi face aux autres hommes.

Certes, les docteurs du Moyen-Âge, en même temps théologiens, ont eu tendance à recourir un peu trop largement aux fictions, ce qui se faisait alors beaucoup (lorsqu'on est en panne d'une explication difficile ?)

Mais avec le code civil, la science de l'interprétation et le retour au droit romain pour une bonne partie du régime des biens, l'entendement juridique a pu à nouveau prospérer, dans le sens de l'inclusion des biens incorporels dans le domaine du droit de propriété.

Quelle différence fondamentale y aurait-il donc entre mon droit sur un fonds de commerce et celui sur une maison, sur une marque et sur une voiture, sur les données d'un site Internet et une bibliothèque bourrée de volumes ? L'objet est peut-être impalpable, il n'en représente pas moins une valeur économique, ici d'exploitation.

Un bien, c'est une richesse profitant à une personne et à ses ayants cause, peu importe qu'elle n'ait plus la forme d'une terre ou d'un bas de laine rempli d'or.

Prenez encore la dématérialisation des valeurs mobilières, l'Euro, toutes les monnaies.

Ces richesses, le sujet de droit en profitera normalement à titre exclusif, pour lui, les siens ou ses acheteurs. Et cette exclusivité, c'est l'opposabilité *erga omnes* décrite par Planiol.

En d'autres termes, il ne saurait raisonnablement y avoir deux définitions de la propriété.

4. Avec Marc Levis, nous nous sommes posé la question de savoir si l'immatériel doit vivre de vêtements d'emprunt, des « comme si », des « quasi ». Peut-être, au départ, pour ne pas effrayer les esprits trop attachés à la tradition.

Alors d'accord, disons que l'action en contrefaçon de la propriété intellectuelle ressemble beaucoup à la revendication ; d'accord, acceptons de considérer que lorsque la Cour de cassation emploie dans plusieurs arrêts, toujours en matière de contrefaçon, le terme « possession » pour décrire la maîtrise d'un droit d'auteur par une entreprise, c'est une image, une analogie. D'accord, blâmons-la lorsqu'elle soumet un peu trop brutalement la revendication d'un brevet d'invention contre un débiteur failli à l'article 115 de la loi de janvier 1985, essentiellement écrit pour les choses corporelles.

Mais le résultat qui importe est que l'immatériel n'échappe pas au domaine du droit civil, qui se caractérise depuis les Romains par une puissante, immense mécanique d'abstraction, pouvant tout absorber.

Tout : le dépôt des valeurs mobilières, le louage des choses incorporelles, etc.

Cela ne veut pas dire que le raisonnement ne doit pas s'adapter à l'immatérialité de l'objet (on peut toujours passer, dans nos exemples, par le truchement du contrat innommé rattaché aux conventions les plus proches, avec un résultat strictement identique...)

Mais qu'on utilisera les ressources et vertus du droit privé, pour accéder au traitement de la situation juridique suscitée par l'immatériel : raisonnement par analogie, notamment et pourquoi pas, la libre recherche scientifique prônée par Gény et qu'on n'a pas trop employée depuis que celui-ci en a établi les fondements.

5. C'est alors qu'est intervenu Daniel Gutmann : il a commencé par nous brosser un des instruments fondamentaux des professionnels de l'immatériel, pas tant des juriscultes que des hommes et des femmes de terrain, de leur sagesse et leur imagination : *la métaphore*. Vous êtes-vous déjà promené sur l'Internet ? Vous utiliserez un « navigateur », pour vous rendre à « l'adresse » d'un « site », dont vous consulterez les « pages », etc.

Il nous a rappelé la définition donnée par Aristote : « transport à une chose d'un nom qui en désigne une autre ». Ainsi, la langue sert à éclairer le droit.

Car cette simple métaphore de « l'adresse » d'un site Internet, sorte d'échoppe immatérielle, appelle une avalanche de conséquences : parmi elles, le caractère d'offre faite au public indéterminé (droit des obligations), d'applicabilité des délits de presse ou de la contrefaçon (toujours la publicité, etc.)

À l'inverse, « l'adresse » personnelle de l'Internaute équivaudra à son domicile privé, d'où de nouvelles conséquences.

Quant aux choses, le traitement devrait être le même.

Certes, le droit civil, particulièrement des biens, est un « système linguistique structuré », mais alors, on revient au minimum à l'analogie, évoquée tout à l'heure.

Le recours à « l'auto-intégration » de Bobbio est très séduisant : « détacher les biens de la substance, pour ne les appliquer qu'à leurs qualités patrimoniales », c'est exactement cela.

L'exemple qu'a donné l'orateur de la saisie des valeurs mobilières était excellent : il montre l'effet commun partagé avec les saisies corporelles, d'indisponibilité d'une richesse.

Et le don manuel par virement ? Et le nantissement des valeurs mobilières, des logiciels, des films de cinéma ? Et le commerce électronique, la signature du même nom ? Etc.

S'il n'y a point identité, il y a au minimum une très forte parenté.

D. Gutmann a eu des formules d'une grande éloquence. Celle-ci, encore : « l'immatériel rencontre la définition de l'institution et transcende celle-ci, la révèle à elle-même ».

Droit au cœur des mécanismes fondamentaux.

Après cela, peut-être étourdi par son audace, l'orateur a eu quelques réserves, de nature à tempérer notre enthousiasme. Par exemple sur le bien/information. Bien sûr que la donnée collectée par une personne est susceptible de constituer un bien, une richesse, la preuve en est dans la Directive européenne de mars 1996 sur les bases de données, qui accorde un droit spécifique aux entreprises compilant les données informationnelles¹. Pensez à des informations aussi triviales, mais utiles, que la météo, la prévention routière, etc. Pensez aussi aux bases juridiques, à propos desquelles on se déchire encore aujourd'hui.

Il y aurait également des risques de déformation des concepts ? Je ne crois pas. Prenez à nouveau le droit d'auteur et le premier texte qui ouvre le code de la propriété intellectuelle, l'art. L. 111-1, al. 1er : « 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 ». N'est-ce pas pur, clair et tout à fait fondu dans le droit des biens (et celui des personnes, pour le droit moral visé à l'al. 2) ?

Ne nous gâchez pas notre plaisir, cher Gutmann, qui est sans doute aussi le vôtre, quoi que vous ayez semblé vous en défendre à la fin de votre rapport.

Décidément, je crois qu'il faut revenir une fois encore à Marcel Planiol et à l'exclusivité de la jouissance sur une richesse, opposable à tous.

6. Pour conforter notre audace, nous avons Valentin Petev : qu'avons-nous finalement à faire, nous autres juristes ? Augmenter nos connaissances, précisément dans le domaine de l'immatériel, mais surtout *étendre notre perception*, élargir notre entendement.

En n'oubliant pas que « *the man is the thought* ». Or, l'immatériel est bien une réalité humaine, c'est l'homme qui l'a fait. À lui de lui donner sa place dans l'ordonnement juridique.

La perception de l'immatériel (c'est-à-dire le plus souvent par l'intermédiaire d'une machine, sans contact physique), c'est déjà la moitié du chemin fait, pour son traitement par le droit.

Se demander : « qu'est-ce que c'est », c'est-à-dire identifier le phénomène, puis rechercher dans notre thesaurus intellectuel (catégorie juridique) ce qui s'en approche le plus.

Opération de qualification, ni plus ni moins.

Le voilà, le « lien entre la réalité, le langage, les idées ».

¹ Depuis ce rapport : loi du 1er juill. 1998, introduite dans le *code de la propriété intellectuelle* (art. L. 112-3, L. 341-1 et s.).

Rejeter l'immatériel hors du droit, c'est en faire un diable, en avoir peur ; ou un monstre et c'est le même mouvement de rejet.

Ne « déconstruisons » pas l'ordre social, au contraire, confortons sa rationalité. En bâtissant un formidable syllogisme dont l'immatériel serait partie intégrante.

7. J'ai beaucoup plaidé, à partir des rapports évoqués, pour le droit privé, les richesses et la paix civile entre particuliers et l'élargissement de l'entendement juridique, plutôt que de tout casser et faire du neuf – avec quoi, au demeurant ?

Il reste toutefois à vérifier ce qu'en pense le Souverain.

II. — RECONSIDÉRER LE COMMANDEMENT ÉTATIQUE ?

8. Puisque les biens, c'est l'économie et que les États en sont les agents, je vous propose de raisonner en termes de flux.

L'économie, c'est précisément le domaine d'Elie Cohen : l'immatériel y est à la pointe, comme je l'ai rappelé tout à l'heure. À l'heure des bourses opérant dans une fièvre synchronisée, des fonds de pension planétaires, des entreprises transnationales travaillant en temps réel en Intranet, les richesses incorporelles circulent en permanence dans l'économie mondiale.

Quelle est alors la place des États face à cette nouvelle et monstrueuse poussée de libéralisme sauvage ?

L'orateur a démontré qu'ils sont loin de baisser les bras : sur tel point, ils serrent la vis ou s'adaptent (fiscalité, commerce électronique, preuve, signature, etc.) ; tantôt ils favorisent eux-mêmes la plus large ouverture possible à l'immatériel (l'Europe, notamment).

En clair, l'immatériel augmente le pluralisme et suscite de nouvelles richesses. De ce point de vue, les États ne peuvent que l'encourager.

9. Cependant, ne sont-ils pas eux-mêmes ébranlés dans leurs fondements, leur Essence même ? C'est Hélène Ruiz-Fabri qui s'est chargée de répondre à cette délicate question : avec de belles références d'histoire contemporaine sur le pragmatisme du droit international ; ainsi quand au XIX^e siècle, il a fallu relier entre eux les chemins de fer, donc harmoniser le matériel (écartement des rails !), le télégraphe, le téléphone, s'entendre sur une heure universelle, etc.

S'assembler pour régler les questions communes, du fait de l'irruption des nouvelles techniques, tel est le but partagé.

Puisqu'un État n'a compétence souveraine que sur son territoire, il faut bien s'accorder par Traité, plutôt que de sombrer dans l'unilatéralisme, le repliement sur soi et à terme, l'anarchie, dont profiteront des sujets de droit pas toujours bien intentionnés (on va en reparler, avec le rapport de G. Vermelle).

Cette fois, ce n'est plus la grande figure de Planiol, qu'il faut évoquer. C'est celle non moins considérable et bien plus ancienne, de Grotius.

Et les cénacles pour s'entendre ne manquent pas. On en a eu, ces dernières années, quelques exemples notables, précisément à propos des richesses immatérielles, mises à côté des matérielles : ainsi, des accords de l'OMC (dont tout un volet traite de la pro-

priété intellectuelle). Du Traité de Genève de décembre 1996, portant principalement sur le droit d'auteur et l'Internet. Des travaux de la CNUDCI sur le commerce électronique. Et il y a une nuée de directives européennes en préparation (droit d'auteur, signature électronique) ou déjà prises (contrats à distance, etc.).

Le contrat public entre États, c'est sans doute préférable à une auto-régulation à tous crins, que certains appellent de leurs vœux, qui laisserait les particuliers créer leurs propres normes (encore le mirage du libéralisme exacerbé).

Donnons des responsabilités aux sujets de droit, qui utilisent l'immatériel. Mais une sphère de compétence jamais livrée à elle-même, encadrée par les États, qui auront le dernier mot.

Certes, c'est un raisonnement valable pour les démocraties, mais plus dangereux si l'État est pour tout ou partie totalitaire. Faut-il cependant régler la normalité sur les cas pathologiques ? C'est loin d'être sûr.

10. Maintenant, l'orateur a posé une des questions les plus difficiles, que suscite inmanquablement une technique planétaire et instantanée, comme l'Internet : *le territoire est-il de l'essence de l'État ?* Elle nous a montré que certes, la localisation socio-géographique est un des signes les plus anciens de l'existence d'une souveraineté. Mais que l'État ne se ramène pas exclusivement à ses frontières, qu'il peut subsister de par sa volonté et ses compétences personnelles et réelles, sur les hommes et sur les choses qui entrent, de façon matérielle ou immatérielle, dans son champ d'action.

L'État, les Biens, décidément, tous les concepts sont à élargir – mais une fois de plus, pas à refondre entièrement.

En outre, le tout immatériel a ses limites ainsi, pour reprendre l'exemple de l'exploitant d'un site Internet, qui agit en conformité ou en contrariété avec des normes étatiques, il y aura toujours une personne physique, quelque part, manipulant un ordinateur.

C'est aussi cela, l'immatériel, comme je l'ai déjà indiqué : une création des hommes, contrôlée par des hommes, pour la satisfaction de leurs besoins.

11. Bref, l'immatériel *déplace* simplement les champs de compétence, de nationale à internationale. Ce qui compte, ce n'est pas tant l'espace, que l'effectivité de la norme, posée par un groupe d'autorités légitimes.

12. Les flux économiques prendront bien souvent la forme de contrats. Jérôme Huet et Christian Pisani ont décrit les étapes et les quelques risques qui nous conduisent lentement, mais sûrement, non pas à la disparition du support-papier, formalisant l'écrit, mais à la concurrence croissante de « l'écrit électronique ».

On s'y dirige de deux façons : la première, précisément par l'accord contractuel, se superposant en quelque sorte au contrat principal – un accord portant tout entier sur la *preuve*, c'est-à-dire l'acceptation par le destinataire de l'offre de ce que la convention pourra se faire sur un mode électronique, tout comme le paiement qui s'ensuivra.

Les professionnels de l'Internet et les textes internationaux en préparation s'orientent en ce sens, privilégiant le système du « tiers de confiance » pour les paiements « sécurisés », sorte d'hybride entre le banquier et le notaire.

L'autre façon est beaucoup plus audacieuse ; elle consiste, toujours sur le terrain de la preuve, à élargir à nouveau notre perception du réel, contractuel, ici donc de l'écrit, en tenant le texte qui s'affiche sur son écran d'ordinateur, comme aussi fiable, valable, que le papier Vélin.

C'est en ce sens que s'est orientée, avec toute la prudence souhaitable, une commission d'universitaires, mise en place par la Chancellerie et qui a préparé un avant-projet de loi tendant à modifier les articles 1316 et suivants du code civil.

Mais cela ne suffira pas, il ne faut pas se faire d'illusion et les deux orateurs ont été assez nets sur ce point : que l'on pense par exemple à l'immense domaine du droit de la consommation (contrats d'adhésion), un des plus formalistes qui soient ; et que l'on relise l'ensemble de ces prescriptions. Il va donc falloir adapter les situations juridiques (contenant et contenu du contrat) à la nouvelle donne technologique.

Mais ne soyons pas effrayés : qui, mieux que le juge, pourra y procéder, avec le pouvoir d'interprétation considérable qui est le sien et que j'ai déjà rappelé tout à l'heure ?

Et puis, aux professionnels eux-mêmes d'avoir de l'imagination, pour éviter l'annulation : j'ai trouvé excellente l'idée d'inscrire en gros, gras et couleurs sur l'écran de l'Internaute les points importants du contrat.

Alors, ne cédon pas à la panique : « cliquer », ce n'est pas signer sans autre formalité ni ouvrir grande la porte de son compte en banque !

13. Et voici ma transition avec le rapport de Georges Vermelle : les malfaiteurs sont-ils les grands gagnants de la dématérialisation du monde, les « poissons volants » qu'il serait presque impossible de prendre dans le filet de la répression ? La criminalité deviendrait-elle « presque belle, un jeu, un rêve » ?

On revient au fantasme de l'espace extra-infractionnel, parce qu'extra-territorial et à l'impunité supposée de ceux qui savent se servir souvent avec génie des ordinateurs.

Nous avons vu tout à l'heure, avec le rapport d'H. Ruiz-Fabri, que la souveraineté n'est pas nécessairement liée au territoire. Alors, la répression des comportements nocifs à la société n'y est pas plus attachée et c'est ce que notre orateur s'est employée à démontrer.

D'abord, la matérialité des infractions reste la même : il y a toujours des signes, des images, des textes, des personnes escroquées, des sommes détournées, etc. En d'autres termes, l'infraction et son résultat restent inchangés ; ce qui est différent, c'est simplement l'usage d'une nouvelle technologie ; certes, on a créé il y a quelques années des délits spécifiques relatifs à la fraude informatique (ils devraient au demeurant rendre de grands services dans les années qui viennent, alors que leurs auteurs ignoraient par définition ce qui allait devenir l'Internet).

Mais une fois de plus, le monde immatériel n'est rien d'autre, bien souvent, que la représentation ou l'*alter ego* du monde matériel. L'homme ne change pas aussi facilement. Et c'est à nouveau la perception de la réalité qui se trouve au premier plan. Une réalité cette fois infractionnelle.

14. Restent les problèmes de localisation. Les critères de compétence pénale, posés de longue date dans nos codes, peuvent rendre eux aussi de grands services, par leur variété et leur souplesse. Et comme je l'ai souligné tout à l'heure, il y a bien un endroit,

sur la planète, d'où se connecte le malfaiteur, un lieu où sa victime subira l'infraction, etc.

Comme l'a dit G. Vermelle, il n'y a donc en fait que « *dilatation de la répression* ». Dilatation, pas disparition.

Simplement, les polices, les justices nationales doivent-elles s'adapter, se former, s'outiller et coopérer entre elles.

C'est une des grandes figures du droit pénal de rappeler qu'après l'apparition d'un nouveau comportement antisocial, un jour ou l'autre apparaîtra la réponse appropriée de la société.

Ici, des grandes nations de la planète.

Peut-être une « nouvelle défense sociale » va-t-elle voir le jour, totalement internationalisée, fondée sur un « principe d'universalisme », qui serait celui de la fermeté éclairée, sans le retour aux procès de sorcellerie.

L'homme nouveau, c'est celui qui n'a pas peur et connaît ses responsabilités, dans le monde qu'il investit.

15. Vous voyez, au total, sur le deuxième volet de ce rapport de synthèse, que non, il n'est pas non plus nécessaire de reconsidérer le commandement étatique.

Et nous arrivons à ma conclusion. Elle est la suivante et répond à l'interrogation qui a donné son titre à ce colloque : repenser le droit, c'est probablement inutile.

Inutile de nous flageller, de nous culpabiliser sur le thème du train de la technologie supposé pris très tard, de sorte que vite, vite, il faudrait combler cette lenteur par de nouvelles constructions intellectuelles et *bien sûr de nouvelles normes, encore et toujours plus*.

Restons sereins et élargissons notre entendement, c'est, me semble-t-il, le trait commun de tous les rapports qui ont été formulés pendant ces deux journées.

Je le répète une dernière fois, de façon « leibnizienne » : les solutions relatives à l'immatériel, toutes disciplines juridiques confondues, passent par la perception de ce monde bien réel qui est le sien, lequel se superpose et s'enchevêtre avec le monde matériel.

Et dont plus que jamais, l'homme reste le maître, pour le meilleur et pour le pire.

Université Panthéon-Assas
92 rue d'Assas
75006 Paris