

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Rémy CABRILLAC

Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier

« *Qu'est-ce qui sent du plaisir en nous ? Est-ce la main ? Est-ce le bras ? Est-ce la chair ? Est-ce le sang ?* On verra qu'il faut que ce soit quelque chose d'immatériel ». Ces interrogations de Pascal nous montrent que l'immatériel confine à l'éternel et à l'infini. L'immatériel est partout et de toujours, l'immatériel existe depuis les origines et occupe une place essentielle dans l'univers visible et invisible.

Comme le suggèrent les définitions courantes proposées par les dictionnaires, dans sa conception la plus large l'immatériel englobe « tout ce qui n'est pas constitué de matière, de la substance dont sont faits les corps » : l'air, l'âme, les ondes, les passions, l'information, les idées, les énergies et beaucoup plus encore.

L'opposition dialectique mais aussi la complémentarité entre matériel et immatériel remonte également à la nuit des temps : l'Homme est-il corps ou âme ? Toutes les civilisations ont refusé une réponse manichéenne, comme peut l'illustrer le regard porté sur la vie après la mort. Les grecs anciens par exemple attachent une importance fondamentale à la dépouille mortelle, que l'on songe à Priam s'humiliant auprès d'Achille pour récupérer le corps d'Hector ou à Antigone bravant Créon afin de pouvoir enterrer son frère, et pourtant le héros de la Grèce antique survit avant tout à travers la transmission d'une légende mémorielle désincarnée, comme peut l'illustrer *L'Odyssée*. De même, la civilisation judéo-chrétienne sacralise l'âme, « souffle de vie de l'être vivant », selon la Genèse (2,7) mais promet néanmoins la résurrection des corps.

Le droit ne se préoccupe que d'une petite partie de cette immense nébuleuse que constitue l'immatériel. L'âme par exemple, n'intéresse pas directement le juriste et le droit l'abandonne naturellement à la métaphysique ou à la théologie.

¹ Pascal, *Pensées*, n° 356, p. 1181, *Oeuvres complètes*, La Pléiade, Gallimard, 1969.

Même si le terme « immatériel » n'est pas défini par les dictionnaires juridiques, y compris par le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, le droit est habitué à appréhender depuis longtemps l'immatériel.

Tout droit subjectif est par essence immatériel, même s'il porte sur une chose matérielle : le droit de propriété sur tel appartement ou telle automobile est immatériel ; le droit de créance, que son montant soit de cent, mille, ou dix mille ou euros, est également immatériel. Ce n'est que par le détour d'une fiction que les droits portant sur une chose matérielle peuvent emprunter à cette chose sa nature.

Le droit connaît également des choses immatérielles, baptisées choses incorporelles depuis Gaïus, auxquelles il s'efforce d'attribuer un régime. Le fonds de commerce, figure universellement reconnue, en constitue un exemple topique. Depuis l'Antiquité, tous les droits ont consacré et réglementé le fonds de commerce fédéré par la clientèle, par essence notion immatérielle.

L'immatériel : le thème aurait ainsi sans doute pu être celui des journées Capitant des années 1950 ou 1960. Mais l'immatériel a envahi le monde contemporain grâce ou à cause des révolutions scientifiques et technologiques intervenues depuis une trentaine d'années, qui lui confèrent une actualité criante, illustration, si besoin était, de la sagacité des organisateurs de ces journées espagnoles dans le choix du thème retenu.

Les civilisations ont mis plusieurs siècles à passer d'une économie agricole à une économie industrielle, quelques années seulement pour que cette économie industrielle s'efface devant une économie fondée sur l'information. Dans notre monde du XXI^e siècle, la richesse devient essentiellement immatérielle, non seulement d'ailleurs la richesse économique mais aussi la richesse culturelle, comme en témoigne la récente consécration du patrimoine culturel immatériel de l'Humanité.

Avec l'essor de l'informatique, le prodigieux développement des moyens de communication, l'invention d'Internet, l'immatériel n'est plus une création du droit appréhendée par le droit, comme pouvait l'être par exemple le fonds de commerce, notion créée par le droit avant qu'il trace lui-même les règles le régissant, comme je l'ai rappelé.

L'immatériel constitue désormais le fruit d'un ensemble d'inventions scientifiques, de nouvelles technologies qui touchent tous les aspects de la vie professionnelle comme personnelle de chacun, face auxquelles le droit se doit de réagir. Le virtuel tend à supplanter le réel dans des domaines les plus divers qui pouvaient sembler par nature réfractaires à l'immatériel : l'instantanéité du mail remplace le lent acheminement par voie postale, le bitcoin menace les espèces sonnantes et trébuchantes, le laser commandé à distance éclipse la main du chirurgien.

Si la société contemporaine connaît sans doute le plus important bouleversement technologique de son histoire, le droit, reflet des moeurs, ne peut ignorer ces évolutions sociales.

C'est ainsi que le droit de l'immatériel est devenu une matière enseignée dans de nombreux pays, que l'appellation constitue le titre de diplômes, de revues ou

d'ouvrages. Mais l'immatériel ne saurait être enfermé dans un ghetto juridique, dans un corps de règles spécifiques et imperméables. Les rapports entre le droit et l'immatériel ne se réduisent pas au droit de l'immatériel, l'immatériel irradie l'ensemble des matières juridiques.

Le droit pénal entre beaucoup d'autres exemples est particulièrement concerné par la prodigieuse expansion de l'immatériel, depuis les banales escroqueries en ligne jusqu'aux multiples ramifications de la cybercriminalité. Les notions les plus fondamentales du droit pénal ont ainsi été remises en question par l'immatériel. Le vol peut-il porter sur une chose immatérielle ? Peut-on condamner celui qui soustrait de l'électricité ou une information sur la base d'une définition de l'infraction de vol prévue à l'origine pour des choses corporelles ? Plusieurs rapports nationaux ont évoqué la question, montrant que la réponse peut être différente d'un pays à l'autre en fonction de l'interprétation retenue du principe de légalité des délits et des peines ou de l'éventuelle adoption d'une incrimination spéciale.

Ces interrogations montrent que l'immatériel interpelle les notions les plus essentielles de notre droit, d'où la perspicacité des organisateurs de ces journées espagnoles d'avoir choisi de confronter l'immatériel aux quatre piliers fondamentaux du droit que constituent les biens, le contrat, la procédure, et le droit international privé.

L'immatériel fascine, par le mystère qui entoure des techniques opaques comme par les prodigieuses réalisations qu'il permet. L'immatériel emprunte à la magie dans l'imaginaire collectif : nul doute que celui qui aurait envisagé transmettre des informations, visiter une ville lointaine ou localiser un individu par le seul clic d'une machine aurait, au Moyen-Âge ou même à la Renaissance, senti le souffle et par là même risqué le bûcher.

Cette fascination pour l'immatériel en ce début de XXI^e siècle, faite de peur et d'admiration mêlées, est sans doute comparable à celle de l'homme du Moyen-Âge devant les animaux fantastiques des splendides fresques romanes catalanes rassemblées dans le beau *Museu nacional d'art de Catalunya* de Barcelone, comparable à celle de l'homme de la Renaissance devant les animaux monstrueux peints par Jérôme Bosch dans *Le jardin des délices* qui constitue à juste titre un des fleurons du Musée du Prado de Madrid.

Le grand mérite du droit, selon l'impression qui me semble se dégager des riches rapports entendus cette semaine à Barcelone ou à Madrid, est qu'il a su dépasser toute réaction épidermique pour apprivoiser (I) mais aussi dompter (II) l'immatériel.

I. L'IMMATÉRIEL APPRIVOISÉ PAR LE DROIT

Le droit a su apprivoiser l'immatériel d'abord en utilisant à son profit les nouvelles technologies qu'il véhicule (A) mais aussi et surtout en sachant le fondre dans les notions traditionnelles qui sont les siennes, en le phagocytant (B).

A. L'IMMATÉRIEL UTILISÉ PAR LE DROIT

L'immatériel constitue un formidable outil qui permet de simplifier et d'accélérer les rapports humains. Le droit a su l'utiliser à son profit pour dématérialiser les formalités auxquelles sont soumises de nombreuses opérations juridiques afin de les rendre plus aisées et plus rapides.

Un exemple parlant concerne la formation du contrat. La conclusion d'un contrat est soumise à diverses contraintes et, malgré le principe du consensualisme, passe traditionnellement par le respect de multiples formalités pratiques qui la ralentissent.

Désormais, la conclusion d'un contrat par Internet peut intervenir à toute heure, avec n'importe quel partenaire du monde, sans contact physique, par un simple geste. Le commerce en ligne simplifie à l'extrême le processus de formation du contrat et accélère ainsi singulièrement la circulation des richesses.

On peut dans un esprit voisin évoquer la dématérialisation des valeurs mobilières réalisée progressivement au cours du XX^e siècle par les différents droits nationaux. Le dépôt de titres de sociétés, obligations ou actions, dans les banques, très fréquent en pratique dès le début du capitalisme, a facilité l'instauration d'une dématérialisation obligatoire et généralisée des valeurs mobilières désormais inscrites dans un compte bancaire au nom de leur titulaire.

Le principal avantage de cette réforme réside dans l'amélioration de la productivité des services de titres des établissements bancaires. L'inscription en comptes de titres fait disparaître le long et fastidieux, donc coûteux, examen de la régularité des documents papier. Surtout, le transfert des titres par simple inscription de compte à compte opère une importante simplification permettant une réduction des frais bancaires et un indéniable gain de temps.

Mais l'exemple le plus topique, relevé dans l'ensemble des rapports nationaux de procédure, concerne les formalités qui jalonnent toutes les étapes d'un procès.

« Les formes sont la garantie nécessaire de l'intérêt particulier », selon la célèbre formule de Napoléon², tout litige est hérissé de formalités afin de protéger les parties et de garantir un procès équitable. Ce formalisme processualiste ralentit voire sclérose le procès, aboutissant parfois à des injustices ou des absurdités qui engendrent tout formalisme, nourrissant les caricatures de la justice qui fleurissent dans le public comme dans la littérature depuis la nuit des temps.

La dématérialisation peut constituer, non sans une certaine candeur, la solution miracle de la difficile équation d'une justice moins dotée par les pouvoirs publics qui doit néanmoins être rendue plus rapidement. C'est ainsi que l'assignation, la communication de toute pièce avant l'audience, la notification du jugement, l'exercice d'une voie de recours peuvent désormais intervenir par voie électronique. Le constat vaut également dans la procédure pénale, où la plainte peut être déposée par Internet. Le processus de dématérialisation des litiges est en marche et tend à faire disparaître le procès traditionnel. En effet,

² CE 16 frimaire an IX (Loché, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français* Treuttel et Wuertz, 1832, t. VI, p. 469).

progressivement, les justiciables n'auront plus le choix entre les deux : la dématérialisation sera obligatoire, la sanction de l'irrecevabilité condamnant à terme les actes de procédure version papier. Surtout, la dématérialisation est appelée à toucher le coeur du procès que constitue l'audience elle-même. Le procès de demain sera sans doute entièrement dématérialisé, chacun des acteurs, parties, avocat, ministère public, juge y participant derrière son écran d'ordinateur.

On peut rêver que le gain de temps et d'argent permis par la dématérialisation des procédures libère le juge d'un bon nombre de charges, lui permettant de mieux se consacrer à sa mission fondamentale. Encore faudra-t-il que les praticiens du droit comme les justiciables soient soigneusement préparés à cette révolution, à peine d'entraîner injustices et frustrations. Plus prosaïquement, les progrès permis par l'immatériel fournissent souvent aux pouvoirs publics un prétexte afin de réduire les moyens alloués à la justice et en particulier le nombre de magistrats.

Le constat est d'autant plus amer que le triomphe de la dématérialisation n'est pas sans effets pervers. Au delà de multiples difficultés techniques entraînés par l'instauration d'un procès sans la présence physique de tous les intéressés, la dématérialisation gomme la dimension humaine du litige qui constitue pourtant son essence. La cyberjustice constitue sans doute moins un problème juridique ou technologique qu'un problème humain. Entre autres exemples, des études sociologiques ont montré que les magistrats prononcent des peines beaucoup plus sévères lorsque les prévenus comparaissent par visio-conférence que s'ils sont physiquement présents. Osons une comparaison : les journées de l'Association Capitant, si elles étaient dématérialisées, si elles se tenaient en visioconférences, ne perdraient-elles leur charme unique, reposant sur la convivialité des rencontres et des échanges, qui constitue le moteur le plus efficace de leur réussite scientifique ? Puisse la dématérialisation épargner l'immuable et merveilleux rituel des journées Capitant...

Si le droit apprivoise ainsi l'immatériel en le mettant à son service, il sait aussi l'appriivoiser en le phagocytant.

B. L'IMMATÉRIEL PHAGOCYTÉ PAR LE DROIT

Le droit s'efforce de fondre l'immatériel dans des catégories déjà existantes. On peut y voir un trait général de l'esprit humain qui, confronté à l'inconnu, tend instinctivement à le rapprocher du connu. L'immatériel emprunte parfois plus ou moins consciemment au matériel pour rassurer : sur Internet, ne parle-t-on pas de d'« adresse », de « site » ou de « page » ? Quant au juriste, il abhorre le vide: le droit absorbe l'immatériel dans des notions qu'il a déjà échafaudées. Le constat se retrouve dans l'immense majorité des contributions, qui ont rivalisé d'élégance pour le présenter, parlant par exemple de « mimétisme », d'« assimilation », de « rattachement », d'« analogie », d'« effet modèle » ou de « suivisme » pour mieux le décrire. On a pu aussi dire que l'immatériel « singeait » le matériel. Entre « conservatisme » et « innovation », évoqués tout au long de ces journées, le fléau de la balance penche incontestablement du côté du premier.

On ne peut qu'être frappé de constater qu'à une accélération des progrès scientifiques et techniques le droit répond par une sécurisante immutabilité : les inventions qui se succèdent à un rythme de plus en plus effréné peuvent se couler dans des catégories le plus souvent héritées du droit romain. Le constat est rassurant : face à l'immatériel, le droit a su pour l'essentiel résister à la facile mais pernicieuse tentation d'une législation spécialisée adoptée dans l'urgence, qui peut rapidement se révéler obsolète ou inadaptée. La loi a tout à perdre à se lancer dans une course-poursuite derrière la technique, elle aurait toujours, fatalement, un temps de retard.

Ce phagocytage de l'immatériel par le droit n'intervient pas toujours sans difficultés. De nombreux rapports nationaux ont pu relever un flou terminologique qui reflète les limites d'une catégorie existante à pouvoir accueillir l'immatériel. Ainsi, pour étudier une chose immatérielle, on a parlé parfois plutôt de « valeur » ou d'« actif » que de bien. De même, la vente ou le bail d'un bien immatériel a parfois été qualifiée de « transfert », de « cession », d'« aliénation » ou de « licence ». Ces difficultés relevées nous paraissent instructives. Elles nous montrent qu'il faut éviter de tomber dans le travers de la facilité que constituerait une intégration automatique et complète de l'immatériel dans les notions ou les mécanismes existants. Mais la portée de ces difficultés doit aussi et surtout être relativisée. Elles restent relativement rares ou marginales et, grâce à la magie de l'interprétation judiciaire, le vin nouveau a pu se couler sans trop de mal dans de vieilles outres, comme peuvent en témoigner plusieurs exemples.

Un premier exemple tient aux conditions de formation du contrat. La conclusion d'un contrat par Internet, entre deux personnes qui peuvent être séparées par plusieurs milliers de kilomètres de distance, qui ne se sont souvent jamais rencontrées, peut-elle obéir au schéma de formation du contrat hérité du droit romain qui s'est appliqué pendant de nombreux siècles entre des personnes le plus souvent physiquement présentes ?

Aucun des rapports nationaux ne nous a indiqué que son propre droit avait abandonné la formation du contrat par rencontre de l'offre et de l'acceptation pour les contrats conclus par Internet, se contentant de simples adaptations techniques.

Une autre illustration également empruntée au droit des contrats peut être trouvée dans l'*instrumentum*, élément fondamental pour la validité ou la preuve d'un acte juridique. L'*instrumentum* est traditionnellement établi sur support papier, qu'il s'agisse d'un acte rédigé entre les parties, acte sous seing privé, ou d'un acte établi avec l'intervention d'un officier public, acte authentique. Les progrès de l'informatique ont multiplié les hypothèses de contrats dont l'*instrumentum* est établi sur support électronique. Quelle valeur donner à cet écrit sur support électronique ? Faut-il y voir une nouvelle catégorie juridique, à la force obligatoire plus faible que pour l'acte sous seing privé ou l'acte authentique en raison de plus grands risques de falsification ?

Le droit a préféré reconnaître les progrès informatiques réalisés, qui permettent la sécurisation des écrits sous forme électronique. Dès lors de nombreux droits ont posé un principe d'équivalence entre écrit sur support papier et écrit sur

support électronique, que son rôle soit d'établir la validité ou la preuve d'un acte juridique. La notion d'*instrumentum* a ainsi accueilli l'immatériel. On peut aussi relever au passage que la notion générale de signature a également su intégrer la signature électronique, quel que soit le procédé technique permettant de la réaliser.

Une dernière illustration concernant le contrat a trait à son exécution, le paiement.

Les règles du paiement d'une obligation monétaire se sont progressivement adaptées au cours des siècles au passage du troc à la monnaie fiduciaire puis à la monnaie scripturale.

Le paiement électronique connaît aujourd'hui un prodigieux développement. Ce paiement immatériel fruit de révolutions technologiques sans cesse renouvelées n'a pas pris une forme juridique nouvelle : il s'est aisément coulé dans le moule ancestral du virement.

Naturellement des exemples empruntés à d'autres branches du droit peuvent illustrer la manière dont le droit tend à fondre les bouleversements technologiques entraînés par l'immatériel dans des notions déjà existantes. L'information, nébuleuse immatérielle s'il en est, constitue un bien, indépendant du support dans lequel elle s'intègre ou du service qui la diffuse.

Cette qualification s'accompagne de tous les corollaires qu'elle entraîne habituellement : l'information est susceptible d'appropriation, appartenant à l'origine à celui qui la met en forme pour la rendre communicable ; l'information a une valeur patrimoniale ; le propriétaire de l'information peut la revendiquer ou réclamer une indemnisation en cas d'atteinte, pouvant la céder à titre onéreux ou à titre gratuit.

Si le droit a ainsi apprivoisé l'immatériel, il a su, au delà, si nécessaire, le dompter.

II. L'IMMATÉRIEL DOMPTÉ PAR LE DROIT

L'immatériel, prodigieux facteur de progrès pour l'humanité, peut aussi se révéler source de dangers pour la société et les individus qui la composent. Le droit ne peut laisser prospérer l'immatériel à leur détriment, il appréhende ces dangers et s'efforce de les combattre.

Le droit canalise l'immatériel qui ne peut prospérer que dans le cadre des principes qui le gouvernent (A), mais le droit n'hésite pas également à brider l'immatériel par l'adoption de règles spéciales (B).

A. L'IMMATÉRIEL ENCADRÉ PAR LE DROIT

D'immatériel, les bouleversements technologiques qu'il engendre, ne peuvent s'insérer dans la société que dans le cadre des principes juridiques qui la gouvernent et permettent de canaliser ses dérives.

L'information véhiculée par Internet doit-elle s'épanouir dans une totale liberté ? La question dépasse largement le cadre des communications présentées ces derniers jours et constitue un des débats fondamentaux de nos sociétés contemporaines, comme en témoignent par exemple les révélations controversées de l'affaire Wikileaks, de l'affaire Snowden voire les cartographies de Google.

La plus totale liberté a été défendue par les tenants d'une vision libertaire : la transparence, garante de la liberté, impose que l'information puisse être diffusée et consultée sans aucune contrainte.

Mais pour parodier la célèbre formule de Lacordaire, c'est parfois la transparence qui opprime et la loi qui libère. Pour s'en tenir aux débats évoqués dans le cadre de ces journées, le droit encadre l'utilisation d'Internet lorsque celle-ci risquerait de porter atteinte à certains principes fondamentaux protégeant les individus.

Internet produit un effet multiplicateur et accélérateur. tant les supports sont nombreux, variés, éclatés et peuvent toucher instantanément un public important appartenant à l'ensemble des pays du monde. La protection de l'individu contre les dérives facilitées par Internet passe essentiellement par le respect des droits de la personnalité.

L'accès à l'information concernant un internaute, qu'elle ait été divulguée par lui-même ou diffusée à son insu, ne peut intervenir que dans le cadre du respect du secret des données à caractère personnel et du secret de la correspondance. La diffusion d'information, qu'il s'agisse de documents ou d'images, ne peut intervenir que dans le cadre du respect de la vie privée.

Dans ces différentes hypothèses, les principes généraux du droit commun, au besoin adaptés aux spécificités de l'immatériel, ont encadré son développement. ~~La tendance relevé dans les différents droits nationaux est d'appliquer ces principes généraux aux cyberdélits civils ou pénaux avec une rigueur égale voire plus marquée que pour les délits ne passant pas par un support immatériel.~~

Mais les risques de dérives de l'immatériel ne peuvent pas toujours être combattus par les principes généraux. Le droit intervient alors pour brider l'immatériel par l'adoption d'une règle spéciale.

B. L'IMMATÉRIEL BRIDÉ PAR LE DROIT

L'immatériel recèle en lui-même deux risques spécifiques que le droit tente de brider.

Premier risque, l'immatériel brouille l'appréhension du réel par le droit : l'immatériel transcende les frontières, gomme les liens entre les choses et les personnes et complique ainsi le rattachement à un lieu ou à un individu, opération si familière au droit. L'immatériel, Internet, ont par essence le don d'ubiquité, sont partout et nulle part.

Des données stockées par l'intermédiaire d'Internet sont plus difficilement localisables qu'un champ ou une maison : la métaphore du nuage traduit bien leur insaisissabilité. Dans le même ordre d'idées, l'auteur d'une atteinte à la vie privée est plus difficilement identifiable si celle-ci intervient sur un site Internet que dans un journal papier.

Le droit s'efforce de limiter ce premier risque en réduisant les incertitudes engendrées par l'immatériel tant en ce qui concerne la localisation que l'identification.

S'agissant de la localisation, il est banal d'observer que le contenu de sites internet est en principe accessible dans tous les pays du monde. Dès lors l'immatériel affole la boussole du droit international privé qui indique invariablement la *lex loci*. *Quid locus* ? De quel lieu peut-il s'agir en l'absence de tout rattachement physique ?

Par exemple, des propos qui pourraient se révéler diffamatoires dans un pays peuvent ne pas l'être dans un autre, tout comme une publicité montrant une femme dénudée, banale dans un pays, peut constituer un délit dans un autre. La détermination de la loi applicable à ces faits peut donc exercer une influence déterminante sur leur qualification.

Les solutions sont multiples, les différents rapports de droit international privé montrant une préférence pour l'application de la loi du pays où survient le dommage, avec toutes les subtilités qui font le charme du droit international privé. Peu importe la solution retenue par tel ou tel pays, l'essentiel est que le droit intervienne pour limiter les incertitudes de localisation, comme il le fait par ailleurs d'une manière similaire pour limiter les incertitudes d'identification.

En reprenant l'exemple précédant d'une information diffamatoire se trouvant sur un site internet, les contraintes techniques font que l'éditeur de cette information n'a pas les compétences pour assurer sa publication qui intervient nécessairement par l'intermédiaire d'un hébergeur.

Le droit doit s'adapter à ce dédoublement pour engager la responsabilité de l'éditeur et de l'hébergeur, en pratique dans des conditions différentes, l'hébergeur ne maîtrisant pas le contenu des informations qu'il contribue à diffuser.

Second risque que recèle l'immatériel, la liberté et la simplicité qu'il offre peuvent facilement être détournées ou utilisées par une personne malintentionnée afin de profiter de la faiblesse ou de l'ignorance d'autrui. Le droit s'efforce alors de brider l'immatériel en limitant les risques d'abus. Les différents rapports nationaux relatifs au contrat soulignent ce risque et présentent les divers mécanismes juridiques développés pour désamorcer ces dangers.

C'est ainsi par exemple que de nombreux droits imposent le respect de certaines mentions obligatoires pour une offre faite sous forme électronique. Doivent être expressément présentées au destinataire afin qu'ils puisse s'engager en toute connaissance de cause : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant à l'utilisateur d'identifier les erreurs commises lors du processus de saisie, les langues proposées dans la conclusion du contrat... D'une manière symétrique, certaines exigences sont également imposées lorsqu'une acceptation intervient par voie électronique, en particulier la possibilité pour le destinataire de l'offre d'avoir pu vérifier le détail de sa commande et le prix afin de corriger d'éventuelles erreurs. Surtout, l'acheteur doit avoir la possibilité de confirmer son acceptation. C'est le système du « double-clic », le premier pour choisir, le second pour confirmer ce choix et faire naître le contrat.

L'impératif de protection contre les risques d'abus que pourrait favoriser l'immatériel apparaît clairement dans le domaine d'application de ces règles : si elles s'imposent dans le cas d'un contrat conclu avec un consommateur, elles peuvent en général être écartées dans les contrats entre professionnels pour lesquels cette protection apparaîtrait peu opportune. De plus, lorsqu'un consommateur est partie au contrat, cette protection est d'ordre public, ne pouvant être écartée par une stipulation contraire : c'est clairement que sa finalité est de protéger un profane contre le risque d'abus de la part de son co-contractant.

La même démonstration peut naturellement prévaloir pour le droit de rétractation ou l'obligation pré-contractuelle d'information, présents dans les contrats conclus sous forme électronique.

La fascination/répulsion pour l'immatériel relevée au début de cette intervention est justifiée. L'immatériel permet le meilleur, l'immatériel a entraîné la plus rapide et la plus déterminante amélioration de la condition humaine que l'Histoire a pu connaître. Mais l'immatériel peut aussi engendrer le pire : point n'est besoin de se tourner vers la science-fiction pour découvrir des illustrations d'une utilisation perverse de l'immatériel au détriment de l'Humanité, l'actualité nous en fournit malheureusement des exemples fréquents.

Cette ambivalence éclaire l'importance du rôle du droit confronté à l'immatériel qui transparait dans l'ensemble de nos travaux. Comme nous avons pu le constater tout au long de ces journées, le droit doit s'approprier l'immatériel afin de faciliter son utilisation au profit de l'Homme, le droit doit canaliser l'immatériel afin d'empêcher son détournement au détriment de l'Homme.

Ces riches journées espagnoles ont ainsi pu mettre en lumière le rôle bénéfique du droit dans l'épanouissement de l'immatériel, un rôle d'accompagnateur et de guide, reflet de l'importance fondamentale et bénéfique du droit dans toute société... même si une part d'immatériel échappe et échappera toujours au droit. Comme pouvait le dire le poète Amado Nervio en su *poesia Lo mas inmaterial* :

*« Me dejaste como ibas de pasada
Lo mas inmaterial que es tu mirada
Yo te dejé como ibatan de prisa
Lo mas inmaterial que es mi sonrisa. »*

Pour laquelle je m'empresse de vous proposer une traduction personnelle afin de respecter scrupuleusement les statuts de l'Association Capitant, « Tu me laisses au passage le plus immatériel qui est ton regard.

Je te laisse en passant le plus immatériel qui est mon sourire. »...