

L'immatériel à travers la virtualité *

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

RESUME. — L'immatériel se désigne souvent par le terme de virtualité, que le langage juridique incorpore. Mais les doubles sens sont porteurs de confusion et rendent incertaine l'application des régimes juridiques. Or, en droit, la virtualité peut être, dans un sens aristotélicien, l'anticipation du développement futur mais certain des choses. Le droit, en prenant en compte cela, voyage dans le temps. D'une façon plus nouvelle, la virtualité peut être, dans un sens platonicien, un monde autonome d'images et d'idées, que le droit doit saisir par l'imagination. Il voyage alors dans l'espace.

Le droit ne parvient pas toujours à être simple, dans le sens où il peut être contraint à multiplier des règles précises, techniques, parfois peu compréhensibles. C'est aujourd'hui sa tendance ¹. Celle-ci, entraînant la spécialisation des textes et des hommes, n'est pas nécessairement critiquable si l'on estime qu'une réalité complexe ne peut être suivie de près par un droit simple. L'abstraction du droit recule, précisément parce que l'abstraction qui permet de saisir toute réalité en la soumettant à ses règles, dont les mathématiques sont l'essence même mais que le droit a toujours revendiquée, abstraction qui est donc tout à la fois saisie et du fait distance par rapport à lui, permet de découvrir le sens de la réalité mais par le mode de l'appauvrissement.

Ainsi, c'est parce que le droit a développé son abstraction, parce que son ordre naturel serait celui de la fiction ², ou à tout le moins de la reconstruction ³, qu'on a pu soutenir qu'il était entièrement immatériel. Ce n'est que par une ellipse de langage qu'il pourrait donner l'impression d'une matérialité. L'exemple le plus commun en est le soin mis par la doctrine pour souligner que la propriété n'est pas un rapport direct d'une

* La question abordée dans cet article est aussi développée dans une architecture proche dans une contribution écrite par ailleurs à propos de la virtualité pour insertion dans les *Mélanges Élie Alfandari*. L'autorisation de sa publication dans les *Archives de philosophie du droit* a été demandée, et donnée par les responsables scientifiques de ces *Mélanges*, qui en sont ici remerciés.

¹ Ch.-E. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J. « Droit et société », 1999.

² J. Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Arch. phil. droit*, 1963, p. 21 et s. ; v. aussi G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, L.G.D.J. « Biblio. Dr. Privé », t. 253, 1997.

³ V. Petev, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », ce volume.

personne et d'une chose mais d'une personne et d'un droit sur la chose, de sorte que les choses elles-mêmes n'ont jamais vraiment fait irruption dans le droit, rendant en retour inutile la conception d'un droit spécial des biens.

Mais le paradoxe observé aujourd'hui est le suivant. C'est par une évolution du droit qui, faisant en quelque sorte un raccourci sur lui-même, s'agripperait directement aux faits, aux choses et aux êtres humains ⁴, par sa concrétisation donc, dans laquelle la montée en puissance d'une conception et sociologique et technologique du droit prend sa part, que l'on rencontre la difficulté de l'immatériel. Ainsi, c'est en quittant son abstraction, c'est-à-dire dans un premier sens son immatériarité, pour se plier davantage à une considération directe de la réalité, que la question de l'immatériel se pose. Si une telle évolution peut n'être pas contradictoire, c'est nécessairement parce que ce second immatériel n'est pas de même nature que le premier, voire s'y oppose. Puisqu'il faut alors en venir à des tautologies, le premier immatériel est un immatériel juridique, lié à l'abstraction, le second immatériel est un immatériel factuel, lié à la concrétisation.

Que cette évolution soit perturbante pour le droit, on le conçoit. En effet, le droit s'organise aisément sur des couples de contraires. Ainsi, l'abstraction de la personnalité se rive sur l'être humain, l'usufruit recouvre la maison, l'obligation vise la confection du tableau, etc. Il faut que le support soit matériel pour que l'abstraction du droit le saisisse aisément. Mais l'on observe que la considération directe d'un immatériel factuel, c'est-à-dire d'une réalité concrète sans corporéité, prend le droit en porte-à-faux. Ainsi, combien de débats à propos de la personnalité lorsqu'elle porte sur un groupement ! Quelle alarme lorsque la propriété porte sur des valeurs mobilières dématérialisées ! Quel affolement lorsqu'il s'agit de construire des preuves sans papier, ni main pour signer !

Le droit, dans sa vaillance, s'emploie tout à la fois à se concrétiser et à faire sien des phénomènes immatériels. En témoignent l'importance et la masse des travaux sur ces questions. Mais on peut se demander si une confusion ne se commet pas, du fait de l'identité des termes, entre la première immatériarité et la seconde. Elle semble s'opérer notamment lorsqu'on appréhende la virtualité, nouveau vocable utilisé pour désigner ce qui existe concrètement mais qui n'a pas de forme sensible ⁵. Ainsi, on évoque « l'entreprise virtuelle » pour désigner une réalité sans bureau, sans rencontre, sans objet matériel produit ⁶. Certes, le droit maniait déjà la virtualité. Mais c'était dans un autre sens.

Or, il est critiquable de laisser prospérer au sein du droit de ces mots à double sens. À tout le moins ne doit-il pas les encourager. C'est en cela que l'on peut continuer à dire que le droit doit être simple, même s'il est devenu techniquement complexe, en ce qu'il ne doit se permettre que l'univocité. Or, cette virtualité, dans le sens nouveau du terme, renvoie à la réalité, à une réalité non immédiatement saisissable mais que le droit prétend connaître quand même. Mais cette considération ne s'est pas faite à l'identique dans toutes les branches du droit. En effet, la référence à la virtualité s'est faite dans le même temps que le fait de l'immatériel se propageait comme bien valorisé (œuvre, titres, etc.).

⁴ Par ex., J.-P. Beaud, « Le corps, personne par destination », in *Droit des personnes et de la famille*, Mél. Huet-Weiller, L.G.D.J., 1994, p. 13.

⁵ V., à titre principal, P. Levy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, La Découverte, 1995.

⁶ *L'entreprise virtuelle*, n° spéc. *Petites Affiches*, janvier 1999.

Le droit de la famille n'évoque guère les objets virtuels, alors même que son objet pourrait être le sentiment, immatériel par excellence, qui prend certes corps par la venue d'enfant, mais qui n'implique en tout cas pas de valorisation financière. Ainsi, lorsqu'on évoque le virtuel, on parle le plus souvent non pas de l'immatériel d'une façon générale, mais des nouveaux biens.

Dès lors, la virtualité est au cœur même du droit économique. Ces nouveaux objets de valeur s'y développent parce que précisément le droit économique – par rapport au droit des affaires⁷ – a le souci d'accueillir directement le concret. Dans une perspective de droit économique, un droit sera de qualité s'il retranscrit une perception la plus exacte possible de la réalité. C'est ici que l'on retrouve le double sens de la virtualité en droit. En effet, la virtualité apparaît alors comme une technique d'anticipation, de reconstruction ou de préconstruction d'une réalité passée ou future, qui permet cette considération. Ainsi, la virtualité est une méthode d'accès à la réalité des choses⁸. Mais il faut alors soigneusement distinguer cette virtualité comme méthode, de la virtualité comme objet, lorsque celle-ci constitue elle-même une réalité qu'il peut régir⁹.

Ainsi, ce terme de « virtualité » est plein de pièges, et de ceux que le droit devrait abhorrer. En effet, dans le paradis juridique, à chaque mot ne correspondrait qu'un sens précis¹⁰. C'est une ambition technique qui éloigne le droit de la littérature et plus encore de la poésie, où la multiplicité des sens qui s'offre fait voyager l'âme¹¹. Le droit n'a pas vocation à suggérer dans plusieurs perspectives mais à impliquer des effets juridiques aussi linéairement que possible. Ainsi, la polysémie est déplorée et on la répertorie pour mieux en éviter les pièges¹².

L'ambiguïté résultant de la disponibilité d'un seul vocable pour désigner deux phénomènes, cette imprécision relève de la catégorie des antinomies. Certes, on désigne usuellement l'antinomie comme la concurrence entre deux règles ayant chacune prétention à régir une unique situation de fait, sans qu'existe une règle de conflit pour les départager et faire triompher l'une sur l'autre. Dans le cas de la polysémie, ce sont deux sens qui rentrent en compétition l'un contre l'autre, pour attirer chacun à soi un régime juridique distinct. Le plus souvent, la règle de conflit qui devra être utilisée consiste à faire prévaloir le contexte pertinent pour faire ressortir du vocable le sens adéquat. Mieux encore, dans une sorte de législation des mots¹³, il faudrait toujours plus distinguer les

⁷ G. Farjat, préface à la seconde édition de son *Droit économique*, PUF « Thémis », 1982, p. 13 et s. V. aussi P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires*, *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 227 et s.

⁸ V. *infra*.

⁹ V. *infra*.

¹⁰ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien « Domat », 1990, p. 89 et s.

¹¹ Le plus souvent, lorsqu'il est fait référence au lien entre la poésie et le droit, ce n'est que pour souligner la part de création que comprend celui-ci, pour mettre en relief sa qualité d'artefact qui exprime comme la poésie l'histoire humaine, contenant sa propre vérité : G. Vico, *Origine de la poésie et du droit*. De Constantia jurisprudentis, 1721, trad. fr., Cane Clima Éditeur, 1983. Sur une parenté entre droit et poésie dans une perspective esthétique, v. *Droit et esthétique*, *Arch. phil. droit*, t. 40, Sirey, 1996.

¹² L. Becquart, *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, PUF, 1928.

¹³ F. Terré (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, à paraître.

sens et inventer de nouveaux mots, lorsque les qualificatifs ne suffisent plus à exprimer les nuances.

Alors qu'on peut à juste titre affirmer que la multiplication des textes, des lois, des droits, etc., n'est pas gage de qualité et accroît mécaniquement le risque d'antinomie, on peut à l'inverse voir dans la multiplicité des termes juridiques une performance du système juridique et un élément de sa sécurité. À tout le moins, il conviendrait d'éviter d'insérer dans un mot déjà incertain un nouveau sens qui achève d'en brouiller la perception. Il est encore plus grave de mélanger des sens venus d'horizons différents. C'est pourtant ce qu'est en train de susciter en droit la virtualité.

Le premier sens de la virtualité, telle que le droit a pu le mettre à profit, relève de la façon dont il parvient à apprécier au présent les événements futurs. Dans ce rapport toujours difficile et nécessaire entre le droit et le futur¹⁴, la virtualité permet d'anticiper l'état des choses non encore advenu. La virtualité relève alors d'une méthode de connaissance de la réalité afin de la soumettre au droit alors qu'elle n'est pas encore concrétisée. En effet, et d'une façon plus générale, la virtualité d'un fait désigne le développement qu'il atteindra demain, état qui n'est donc pas palpable en soi mais qui est néanmoins acquis dans son existence prochaine parce qu'il est dans la nature de son état présent d'engendrer cela. Les philosophes antiques prennent couramment l'exemple de la fleur virtuellement contenue dans la graine pour faire comprendre ce phénomène entéléchique. C'est la définition aristotélicienne de la virtualité qui trouve ici application en droit.

Il existe donc, pour le droit comme en toute chose, deux sortes de futur : le futur constitué par le développement mécanique du présent et le futur que l'on dirait véritablement nouveau, de nature entropique, en ce qu'il est constitué d'éléments non contenus en germe dans le présent. La virtualité désigne la première sorte de futur. Il suffit d'attendre pour qu'il advienne, tandis qu'en ce qui concerne le futur véritablement nouveau, il peut ne pas advenir, si rien d'extérieur ne se produit. On pourrait dire que le premier type de futur est virtuel alors que le second n'est que potentiel.

À travers cette distinction du virtuel et du potentiel, se retrouve la distinction du normal et du pathologique. Ainsi, qu'on l'approuve ou non, dans un système juridique qui se construit désormais prioritairement sur les droits subjectifs, le procès, nécessaire pour défendre ceux-ci au besoin, est sans doute en train de passer du statut du pathologique à celui du normal, du potentiel au virtuel. De la même façon, à rebours, l'exécution du contrat, normalement donc virtuellement contenu dans la formation de celui-ci¹⁵, semble devenir simplement potentielle, du fait des atteintes à la force obligatoire que la loi organise, que la jurisprudence tolère ou encourage.

Le droit va distinguer nettement les deux sortes de futur et accepter d'attacher à la virtualité des effets juridiques, en traitant le fait comme s'il était déjà présent, alors qu'il refuse d'en attacher des semblables à ce que l'on pourrait appeler le véritable futur, celui qui est le signe d'une entropie. En effet, la sécurité juridique implique l'anticipation de la

¹⁴ *Le droit et le futur*, Travaux de l'Université Paris II, PUF, 1985.

¹⁵ *V. infra.*

nature future des choses, des personnes et des situations, mais restreint dans le même temps celle-ci à l'hypothèse de la seule virtualité du présent ¹⁶.

Ainsi en est-il de la distinction opérée entre le dommage prévisible, indemnisé, et le dommage imprévisible qui ne l'est pas ¹⁷. Plus encore, la notion de virtualité a permis à la jurisprudence de construire la notion de meuble par anticipation, qui permet de voir dans le blé enraciné le blé bientôt coupé, dans la forêt le prochain tas de bois ¹⁸. Il s'agit bien d'un effet réalisé par et sur la chose elle-même, dans le respect de la nature de celle-ci, et non pas d'un effet de la volonté des parties au contrat qui feraient comme si la nature du bien vendu était autre. Cela justifie que la jurisprudence n'ait pas strictement appliqué la règle de l'effet relatif du contrat, imposant fréquemment la mobilisation par anticipation aux tiers ¹⁹. De la même façon, tout le droit de la promotion immobilière est construit sur la virtualité de l'immeuble qu'il s'agit de construire. Même en droit public, on évoque désormais ce qui serait une « domanialité publique virtuelle » ²⁰. Il s'agit toujours de l'idée que les choses peuvent être saisies dans leur futur car celui-ci est déjà scellé dans leur état actuel.

Certes, il en est autrement lorsqu'il s'agit non plus de prendre en considération la consistance future des choses sur lesquelles portent des droits mais de régir l'évolution des droits eux-mêmes. Le système juridique est plus circonspect lorsqu'on songe à donner des effets immédiats à des droits virtuels. En premier exemple et dans la matière des conflits de lois dans le temps, l'on peut évoquer les « simples expectatives », si bien nommées, que l'on continue d'opposer aux droits acquis, c'est-à-dire aux seuls véritables droits.

Plus encore, si l'on se réfère aux choses futures pouvant faire l'objet d'un contrat, le Code civil en retient certes le principe dans l'article 1130 mais cela se justifie par le fait que le risque d'une chose qui n'advient jamais repose alors sur les parties qui l'ont voulu, dimension nettement aléatoire que la volonté engagée, guettée par la caducité du contrat, peut vouloir assumer.

Certes, le législateur s'est dressé dans plusieurs articles du Code contre l'idée d'un contrat portant sur une succession future. Indépendamment des justifications pragmatiques de protection des patrimoines au bénéfice d'une personne si tentée par la prodigalité qu'elle y jetterait bien tout entières les richesses qu'elle n'a pas même encore ²¹, indépendamment de la prohibition morale de spéculation sur la mort d'un proche, il y a aussi l'idée que la succession ne peut se réduire à la virtualité parce que la liberté essentielle de disposer de ses biens à cause de mort, de changer d'avis et d'héritier, fait de ce futur là un futur toujours disponible pour cette nouveauté que peut être l'expression d'une volonté inverse du testateur. En ce sens, parce que la virtualité rend intangible par anticipation le futur, elle représente un danger pour les libertés.

¹⁶ J.-C. Hallouin, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, Thèse Poitiers, 1979.

¹⁷ Sur la question du dommage, v. *infra*.

¹⁸ F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 5e éd., 1998, n° 29, p. 29.

¹⁹ *Ibidem*, n° 30, p. 26.

²⁰ C.E. 1er février 1995, *Préfet de la Meuse*, JCP 1995, IV, 1512 ; v. pour une appréciation critique, Y. Gaudemet, *L'avenir du droit des propriétés publiques*, à paraître.

²¹ A. Gotman, *Dilapidation et prodigalité*, Nathan « Sciences sociales », 1995.

Ainsi, lorsque nous sommes en présence non plus de choses mais de volonté, on suppose toujours que celle-ci est si libre et si changeante que le droit ne peut s'autoriser à anticiper son état futur, qui penchera par nature davantage du côté de la nouveauté que du côté de l'entéléchie. Il en sera différemment lorsque la volonté s'est déjà perdue elle-même dans un contrat, dont elle ne peut se délivrer²². En effet, les voies d'exécution et la protection des créanciers peuvent se mettre en marche dès l'instant que la créance est virtuellement existante. On peut interpréter de la même façon l'évolution jurisprudentielle qui n'exige plus l'antériorité d'une pleine créance pour ouvrir au créancier la voie de l'action paulienne. Plus encore, une saisie conservatoire peut toucher une créance « certaine en son principe ». Enfin, la loi réformant les procédures civiles d'exécution a étendu le droit de saisie des créanciers à des créances « conditionnelles, à terme ou à exécutions successives »²³, c'est-à-dire à des droits virtuellement acquis.

Ainsi, pour en revenir au principe, si le droit peut attacher des effets à la virtualité, cela tient au fait que lorsque le futur est virtuel, il peut être connu et que la sécurité du droit n'est pas compromise par l'anticipation à laquelle il procède. En cela, le droit peut faire comme si le phénomène en cause était déjà présent, comme s'il méritait déjà qu'on lui attache des effets juridiques définitifs. Certes, on pourrait considérer qu'il suffit d'attendre pour que le futur devienne présent et qu'il soit ainsi connu d'une façon plus certaine. En effet, l'anticipation n'est jamais sûre et en permettant au futur de rebrousser dans le présent, elle peut être feintée par un élément extérieur. Les écrits antiques prenaient l'exemple de la grêle qui, détruisant le bourgeon, ne permet pas à la graine de devenir concrètement la fleur qu'elle était pourtant déjà. Il faut encore considérer que la volonté peut également entraver de tels développements²⁴.

Mais justement, il arrive que le droit ne puisse pas attendre. Cette impatience du droit peut venir de sa propre volonté lorsqu'il veut par son autorité régir le futur ; elle peut aussi lui être imposée dans l'hypothèse d'un jugement qu'il faut rendre. Le droit a alors besoin que le futur soit virtuel et non simplement potentiel, pour pouvoir s'en saisir. Comment le peut-il ? Il faut distinguer selon les sources du droit. Lorsqu'il s'agit de la loi ou du contrat, leur normativité a la puissance de transformer le futur véritablement nouveau, le futur potentiel²⁵, en futur raisonnablement certain. Il suffit pour cela d'en donner l'ordre – ordre de la loi, volonté des parties –, la virtualité tenant alors dans le respect que les assujettis ont de la loi et celui que les obligés ont du contrat. Il est aisé d'anticiper le futur dans le présent si au présent les acteurs ont la puissance d'arrêter définitivement les contours du futur.

Le comportement potentiel – parce que libre – des personnes devient virtuel du fait de leur soumission à la loi, impliquant qu'ils adopteront nécessairement le comportement qui leur devient dicté. La puissance de la loi transforme le potentiel en virtuel : cela tient au fait plus général que l'action de la personne conformément à la loi est contenue virtuellement dans la loi. De la même façon, on peut estimer que l'exécution des obliga-

²² M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s.

²³ Article 13, al. 2 de la loi du 9 juillet 1991.

²⁴ V. *supra*.

²⁵ V. *infra*.

tions par les contractants est virtuellement présente dans le contrat formé ²⁶. C'est pourquoi le cas de force majeure, imprévisible, provoque l'intrusion du futur véritablement nouveau dans le futur virtuel et figé, et brise logiquement son caractère obligatoire.

Mais si l'on s'intéresse non plus à la loi et au contrat mais au jugement, on observe que celui-ci va dans l'autre sens du temps, dans celui du passé. L'effet de la puissance normative du jugement n'en est pas moins grande, peut-être plus grande encore. En effet, le jugement peut, par la remise des parties en l'état, faire comme si le dommage n'avait pas eu lieu et remonter ainsi le temps, ce que ne peut faire en principe la loi, non rétroactive. Mais, si l'on reprend le sens ordinaire du temps, on pose classiquement que le jugement n'appréhende pas le futur, sauf lorsque le juge se transforme en législateur particulier, dessinant le futur suivant l'ordre qu'il donne aux parties, par le biais des injonctions. Si le jugement veut néanmoins saisir l'avenir, autrement que par le moyen de cette sorte de réglementation du futur, il devra transformer ce dernier en passé, le laps de temps qui est naturel à l'office du juge. Il en a le pouvoir.

Cela est particulièrement net dans le droit de la responsabilité, sans doute parce qu'il est le plus proche des faits et soucieux, à ce titre, du développement de ceux-ci. Prenons l'exemple du dommage indemnisable. On connaît le principe selon lequel seul le dommage actuel doit être réparé, à l'inverse du dommage futur. Mais s'il s'avère qu'un dommage non encore réalisé est néanmoins certain, que le présent est sa cause nécessaire, alors il devient comme présent, comme déjà acquis, comme déjà passé : il peut alors être réparé. Il le sera pleinement.

Mais il peut arriver aussi que le futur ne se laisse pas enfermer dans la simple alternative d'un futur certain et déjà causé par le présent, et d'un futur où tout est absolument possible et imprévu. Il existe une troisième branche à l'alternative : celle d'un futur où on peut discerner ce qu'il pourrait être mais où on mesure dès le départ qu'il pourra prendre plusieurs formes. Le droit appréhende difficilement ce futur, que l'on peut désigner comme le futur probable. Il en est ainsi de ce que l'on a coutume de désigner comme « la perte d'une chance ». Le dommage n'est pas dans la disparition d'un effet nécessaire du présent mais dans la destruction d'une perspective raisonnablement envisagée, comme la perspective de gagner la course ou d'obtenir une promotion. Le droit accordera en conséquence une semi-réparation.

Ainsi, la sagesse du droit consiste à ne régir le futur que s'il est démontré qu'il peut le transformer en présent par la théorie de la virtualité. Il ne peut s'autoriser à faire un pari sur ce que pourrait être le futur sans qu'il soit raisonnablement certain qu'il sera ainsi. Le droit ne touche pas à ce qu'il y a de nouveau dans le futur. Ainsi, le futur potentiel se situe en principe hors de son champ. Seul le politique peut raisonner sur la potentialité ; ainsi en est-il lorsque le ministre opère le contrôle d'une concentration projetée par deux entreprises et qu'il considère les effets négatifs potentiels que celle-ci pourrait avoir sur le marché économique. Ainsi en est-il lorsque des lois prennent pour objet la situation prochaine de Mère Nature ou des générations futures ²⁷²⁸.

La distinction est donc assez nette : le futur virtuel existe pleinement pour le droit puisqu'il a le statut du présent ; le futur potentiel n'existe guère ou ne justifie qu'une

²⁶ V. *supra*.

²⁷ *La connotation virtuelle dans le droit civil patrimonial*, à paraître.

²⁸ P. Godé, *Le droit de l'avenir (un droit en devenir)*, à paraître.

intervention juridique très amoindrie. Le risque réside certes dans la tentation de qualifier un futur virtuel comme étant simplement potentiel pour éloigner des règles juridiques que l'on estime politiquement indésirables. Ainsi, lorsque le Comité d'éthique affirma que l'embryon est une « personne juridique potentielle »²⁹, cela eut pour premier effet d'engendrer une grande perplexité car on affirme usuellement que l'enfant est virtuellement contenu dans l'embryon, et pour second effet de desserrer la perspective de règles jugées trop exigeantes sans pour autant laisser sans protection l'embryon. La potentialité est décidément, et contrairement à la virtualité, la notion des demi-mesures.

Mais aujourd'hui, le droit est envahi par un tout autre sens de la virtualité. Celle-ci a pour source une immatériauté qui n'est plus inhérente au droit, dans la position de celui-ci par rapport au temps, mais qui lui est extérieure, situé dans la réalité des choses, et qui le désoriente. Le terme de virtualité n'a plus alors pour objet d'établir une relation entre l'existence d'un objet et le temps de son apparition. En effet, le rapport s'établit ici avec l'espace et l'appréhension que nous pouvons en avoir par la vue. La virtualité, c'est en quelque sorte ce qui trompe les sens, celui de la vue essentiellement. Soit il ne s'agit que d'une apparence qui paraît être la réalité sans correspondre à rien de semblable ; on songe aux images de synthèse, aux hologrammes. Soit il s'agit de l'existence effective d'une réalité qui ne se donne pas à voir, faute de volume ; il peut s'agir aussi bien des valeurs mobilières que des idées³⁰. La virtualité ne reçoit plus alors une acception aristotélicienne mais une acception platonicienne, par référence à un monde de reflets et de réalités idéelles.

Le risque existe d'une confusion entre la façon dont le droit va classiquement établir un rapport entre les objets et le temps de leur devenir, et la façon dont il va d'une façon très nouvelle organiser ces apparences sans substrat et ces réalités sans volume. La confusion est très dommageable. Tout d'abord, d'où cela peut-il venir ? En premier lieu, on observe la superposition de deux langues, la latine et l'anglaise. Par une homonymie malheureuse, par la transposition littérale du terme *virtualy*, se retrouvent coulées dans le même mot deux concepts différents.

En second lieu, et cela n'est pas contradictoire, les deux sens de la virtualité appréhendée par le droit ne sont pas si étrangers que cela l'un à l'autre. Cela a permis à la confusion de perdurer. En effet, dans les deux cas, le droit doit régir une réalité que le sens ne peut saisir immédiatement. Cela tient dans le premier cas au fait que le temps de l'actualisation n'est pas arrivé et dans le second cas au fait que sa matérialité en volume fait défaut, ce qui empêche de le saisir. Dans les deux cas, on ne peut voir la situation que le droit veut appréhender.

C'est donc sur un autre plan que les deux virtualités s'opposent, et c'est de lui que vient l'effet pervers de la confusion. En effet, l'invisibilité de l'objet virtuel par l'insuffisant écoulement du temps est temporaire. Il suffit d'attendre pour qu'il soit saisissable.

²⁹ Avis du 23 mai 1984 ; G. Mémenteau, « Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélèvements sur embryons et fœtus) », *JCP* 1985, I, 3191.

³⁰ V., dans ce sens, P. Levy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, préc.

Si on ne peut s'offrir ce luxe, parce que le jugement doit se rendre et la réparation s'ordonner ³¹, c'est par le raisonnement que le droit reconstruira le fait dans son développement non encore advenu. Il s'agira de reconstituer la causalité entre l'état présent connu et l'état futur, à première vue inconnu mais ainsi reconstitué. Ainsi, le juge appréhende les dommages futurs mais certains d'une maladie. Il s'agit d'un raisonnement s'apparentant à la présomption, qui permet de saisir le futur inconnu en le tirant du présent connu, selon les termes mêmes de l'article 1349 du Code civil.

Mais l'invisibilité de l'objet virtuel est quant à elle définitive. Le temps ne la répare pas. Il n'existe pas de moyen logique de reconstituer une réalité matérielle sous-jacente qu'on pourrait faire apparaître. Le droit est démuné : soit il n'a à faire qu'à des images, soit il ne dispose que de son imagination, l'image sortant alors de lui. C'est ainsi qu'il saisit l'objet, par l'imagination, et ce qu'autant plus que les objets virtuels, images, informations, argent, titres, circulent avec la vitesse de la fulgurance.

L'ambiguïté entre des choses que l'on peut saisir par le raisonnement en jouant avec le temps dans la perception que l'on peut avoir d'elle, et les choses qu'on ne pourrait jamais saisir autrement que par image, et qu'il convient donc d'appréhender avec grande précaution, ressort d'une façon particulièrement délétère en matière de preuve. En effet, la jurisprudence a pu se laisser aller parfois à ce que des auteurs ont appelé une « preuve virtuelle » ³², consistant à reproduire par simple image une réalité dont on ne touche pas la consistance, donc par une sorte d'invention, de fiction, qui est le contraire de l'ambition probatoire. Les critiques sont alors justifiées car on fait passer pour prouvés des faits qu'on se contente de traiter comme vrais sans s'en soucier vraiment : le virtuel est alors ce par quoi le droit s'autoriserait à ne plus tenir compte de la réalité, tournant le dos à la virtualité comme mode d'accès à celle-ci. Ainsi, lorsque Fernand Derrida dénonce ce qui serait une renaissance de la « faillite virtuelle » ³³, il s'agit d'un pouvoir du droit pénal d'imaginer une date de cessation des paiements adéquate à la répression, sans tenir compte des qualifications réalistes retenues par le tribunal consulaire.

Mais ces critiques peuvent aussi porter à faux, lorsqu'elles s'insurgent contre des preuves virtuelles qui sont non pas des inventions de l'imagination des juges mais au contraire des raisonnements probatoires qui permettent alors de passer d'une réalité connue à une réalité inconnue. On revient ainsi à la définition très classique de la virtualité comme mode d'accès à un réel effectif. Prenons la question délicate de la preuve des intentionnalités en droit pénal économique et financier. La doctrine a parfois soutenu que les textes avaient éliminé toute exigence de preuve d'une intention délictueuse, notamment en matière de délit et de manquement d'initié ³⁴. Si cela était vrai, la conformité des incriminations aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme serait douteuse. Mais est-ce bien ainsi que le dispositif est conçu ?

³¹ V. *supra*.

³² A. Penneau, préc.

³³ F. Derrida, « Renaissance de la "faillite virtuelle" » ?, *Mélanges J. Larguier*, PUG, 1993, p. 95 et s.

³⁴ H. de Vauplane et O. Simart, « Délits boursiers, propositions de réforme », *Revue de droit bancaire et de la bourse* 1997, p. 85 et s.

Au contraire, Madame l'Avocat général Marie-Charlotte Piniot, dans des conclusions qui devaient aboutir à la cassation de l'arrêt *Haddad*³⁵, a insisté sur la nécessité d'une preuve apportée de l'intention malicieuse des auteurs. Simplement, l'intentionnalité peut être reconstituée par des présomptions consistant à établir des comportements – concrètement des ordres d'achat ou de vente de titres – qui ne peuvent s'expliquer que par la volonté délictueuse. En cela, la preuve peut être dite virtuelle ; elle n'en est pas moins effective, constituant un mode d'accès à la réalité par une remontée dans le temps. Cela n'équivaut en rien à une « preuve inventée », ce qui constitue une contradiction dans les termes. Seule la seconde mérite critique.

Il est donc très important de distinguer une réalité qui ne se donne pas immédiatement à voir et une réalité qui est hors d'atteinte d'une vision. Il conviendrait que le droit s'efforce de distinguer par le vocabulaire ces deux phénomènes. Au premier, pourrait être réservé le terme de virtualité, au second le terme d'immatérialité. Les difficultés qui naissent de celle-ci sont à la fois nouvelles et spécifiques, tenant au fait que le droit, abstraction sans volume, n'appréhende avec assurance que les choses qui en présentent un. Cette virtualité au sens anglo-saxon du terme doit pourtant se prêter à sa saisie par le droit. Cz n'est alors plus une question de rapport du droit au temps mais de rapport du droit aux choses.

Pour cela, il faut sans doute renouveler très profondément le droit des biens, inhabile à développer ses concepts sur de l'immatérialité. Il suffit de mesurer les efforts – et le peu de succès de ceux-ci – menés pour faire rentrer de force la question du transfert de propriété des valeurs mobilières dans les catégories traditionnelles du droit des biens, pour prendre acte d'un renouvellement nécessaire.

Mais avant d'entreprendre un tel effort, pour avoir l'idée même de sa nécessité, il convient de distinguer nettement la virtualité au sens classique du terme grâce à laquelle le droit voyage dans le temps et la virtualité dans le sens qui a fait irruption dernièrement en droit, visant une réalité immatérielle qu'il convient de discipliner juridiquement comme les autres. Si la distinction n'est pas faite, ce double sens sera comme un labyrinthe, un piège pour l'imagination juridique à l'œuvre.

Université Paris-Dauphine

Place De Lattre de Tassigny

75016 Paris

³⁵ *R.J.D.A.* 1996, p. 438 s., spéc. p. 441/442, sous l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 avril 1996 (v. aussi, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, p. 177).