

Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique*,
Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, 644 pages.

Hugo Vaillancourt*

Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique est un ouvrage portant sur le principe d'équivalence fonctionnelle qui veut qu'une reconnaissance juridique égale devrait être accordée aux formalités de l'univers papier transplantées dans l'univers informatique tant que les fonctions de ses formalités sont rencontrées. Le principe a déjà fait couler beaucoup d'encre dans la communauté juridique, mais en revanche peu d'auteurs se sont penchés sur la théorisation du principe. L'apport heuristique du présent ouvrage s'inscrit ainsi directement dans cette lignée. Une première partie descriptive est consacrée à la naissance et à la consécration du principe par les autorités nationales et internationales. Ensuite, une seconde partie théorique présente l'origine conceptuelle du principe et une méthodologie pour la détermination des fonctions des exigences de forme, avec en apothéose finale une application de cette méthodologie à trois exemples, soit l'écrit, l'obligation d'information et la signature. Aussi, une vision internationale transparait à travers l'ouvrage, avec une analyse en parallèle du contexte français et belge, anglais et américain et dans les autorités internationales. À ceci s'ajoute enfin une interdisciplinarité remarquable, avec une mobilisation à la fois de la philosophie des sciences, de l'informatique, de l'ingénierie et de l'archivistique.

1. Genèse et histoire d'un principe	51
1.1. Contexte et origines historiques de l'approche fonctionnelle	51
1.2. Consécration du principe d'équivalence fonctionnelle	52
2. Éléments pour une théorie des équivalents fonctionnels	54
2.1. Fondements critiques du principe d'équivalence fonctionnelle	54
2.2. Théorie fonctionnaliste du principe d'équivalence	55

1. Genèse et histoire d'un principe

1.1. Contexte et origines historiques de l'approche fonctionnelle

Avant même de se pencher sur la manière dont il convient de transposer les exigences de forme à l'univers numérique, l'auteure se penche sur le formalisme contractuel en soi. En un mot, dans le contexte français et belge, une montée du formalisme apparaît au XIX^e siècle pour être ensuite jugulée par une interprétation jurisprudentielle libérale, mais contrecarrée par après par l'arrivée du formalisme de protection des consommateurs dans les années 70 à 90. Dans le contexte anglais et américain, des exigences de forme sont requises par le *Statute of Frauds* de 1677, repris aux États-Unis, pour certains contrats. La jurisprudence en atténue d'abord la portée, mais apparaît ensuite la même vague de formalisme de protection des consommateurs que dans le contexte franco-belge. Sur la scène internationale, un formalisme excessif régnait dans les années 50, ce qui a entraîné par voie de conséquence une vague anti-formaliste dans les années 60 et ses suites en vue de simplifier le commerce international.

Une différence entre l'interprétation des exigences de forme françaises et américaines existe cependant. Dans le contexte français, les exigences de forme ne permettraient pas d'équivaler dans le contexte des technologies de l'information et de la communication (TIC). Le principe d'équivalence fonctionnelle est perçu d'un œil critique, car il préconise de prendre les caractéristiques d'une exigence de forme en format papier pour les transférer dans l'univers informatique, ce qui possède une connotation nostalgique. En revanche, dans le contexte anglais où le raisonnement par analogie est le maître mot, la jurisprudence est souple et permet davantage l'acceptation des exigences de forme équivalentes dans le contexte informatique. En droit international, en pleine réflexion sur la nécessité de simplifier le commerce, on accueille à bras ouverts une approche fonctionnelle des exigences de forme à l'égard des TIC dès la fin des années 70.

Par la suite, l'auteure se questionne sur l'origine de l'approche fonctionnelle. Après de fausses pistes en France et en Belgique, c'est finalement en Scandinavie qu'apparaît la plus cohérente approche fonctionnelle appliquée aux TIC. Plus précisément, c'est dans les années 80 à l'intérieur d'un comité nommé Nordic Legal Committee du NORDIPRO, organisme de coopération entre les pays nordiques en vue de faciliter le commerce international, qu'on retrouve le père du principe, Roger Henriksen. Il préconisait déjà à cette époque une analyse exhaustive des fonctions de forme dans l'univers papier en vue de les transposer dans l'univers informatique. Ceci étant, Henriksen admet s'être lui-même inspiré des ingénieurs en informatique qui utilisaient déjà l'analyse des fonctions d'une procédure papier en vue de les transposer sans heurt dans le monde informatique. Plus encore, l'auteure remarque que ceci se rapproche de l'analyse de valeur en ingénierie qui prévoit dans un premier temps une analyse des fonctions essentielles d'un produit en vue de trouver ensuite un remplaçant plus performant.

Par la suite, l'analyse porte sur les mesures de réforme pour admettre en droit interne le principe d'équivalence fonctionnelle. Dans un premier temps, les parties ont convenu par contrat de la validité des procédés informatiques. L'avantage de cette méthode est qu'elle apporte de la certitude : l'utilisation de l'informatique est valide attendu la mention noir sur blanc au contrat à ce propos. Le désavantage est que ceci ne vaut qu'à l'égard des parties et n'est pas opposable aux tiers. Dans un deuxième temps, la jurisprudence en common law, mais aussi en droit franco-belge, permettait une implantation peu à peu de l'approche fonctionnelle. Cependant, compte tenu de la complexité inhérente à l'informatique et du manque d'expérience en la matière des juges, peu de jugements étaient rendus à ce sujet. Dans un troisième temps, la législation nationale permettait de moderniser le droit à l'égard des TIC, mais il faut attendre jusqu'aux années 2000 pour voir apparaître des lois d'une certaine qualité, inspirées d'une loi type internationale qui consacre le principe d'équivalence fonctionnelle adoptée quelques années avant.

1.2. Consécration du principe d'équivalence fonctionnelle

C'est la *Loi type sur le commerce électronique* de 1996 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui consacre le principe d'équivalence fonctionnelle, avec cependant aucune mention claire de la paternité du concept à Roger Heikensen. En un mot, la CNUDCI est un organe des Nations Unies créé en 1966 pour harmoniser les règles du droit commercial international. On y élabore pour ce faire par exemple une loi type, soit un texte législatif qui est recommandé aux États d'incorporer à leur droit national tel quel ou avec

une adaptation au droit local. La loi de 1996 fournit les caractéristiques minimales essentielles d'une législation sur le commerce électronique avec pour appui le principe d'équivalence fonctionnelle. Il est accompagné d'un guide d'incorporation de la loi qui permet d'expliquer avec plus de détails les choix de la CNUDCI. L'auteure explique ensuite article par article la loi, mais il est plus commode de se référer à l'ouvrage pour cette section. On peut noter toutefois, par exemple, que la loi et le guide expliquent les fonctions de l'écrit, de l'original et de la signature en vue de rendre valide un document numérique qui feraient appel à ces notions. L'auteure remarque que la loi ne comporte pas de mention de l'équivalent fonctionnel par souci de simplicité, mais le guide d'incorporation en fait abondamment mention. Aussi, la loi type est à cette période plus un outil d'éducation pour la communauté internationale qu'autre chose.

La propagation du principe d'équivalence fonctionnelle se poursuit avec les développements ultérieurs de la CNUDCI, soit avec la *Loi type sur les signatures électroniques* de 2001 et la *Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* de 2005. Par exemple, l'élaboration de cette convention visait à adopter un accord international contraignant en raison de la diversité d'interprétation que les États faisaient de la loi type de 1996. Malheureusement, celle-ci a été ratifiée que par quelques états.

Ensuite, l'auteure consacre quelques mots sur les travaux européens de la même période qui ne suivront pas à la lettre l'approche fonctionnelle. Par exemple, les Européens mobilisent un nouveau concept nommé « support durable » pour adapter la formalité de l'écrit à l'ère des technologies. Le support durable renvoie à

« tout instrument permettant au client de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, de telle sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations et permettant la reproduction exacte des informations stockées »¹.

Le support durable doit donc remplir trois fonctions : la stabilité (« de telle sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement »), l'intégrité (« reproduction exacte des informations stockées ») et la lisibilité (« consultation des informations »). Même si la définition mobilise l'approche fonctionnelle, ce n'est pas exactement comme le principe d'équivalence fonctionnelle de la CNUDCI. L'idée sous-jacente au support durable n'est pas de lister les exigences de forme de l'écrit pour ensuite reconnaître des formes équivalentes dans l'environnement électronique, mais bien d'énumérer les exigences de forme du « support durable », qui elles devront être rencontrées dans l'univers électronique pour une reconnaissance juridique équivalente à celle

1. Art. 2 de la Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance.

du papier. La logique est donc l'élaboration de règles et de concepts nouveaux pour adapter le droit aux nouvelles technologies.

L'auteure poursuit avec la réception de l'approche fonctionnelle au niveau national par la France, la Belgique, les États-Unis et l'Angleterre. Les législateurs se sont inspirés de la loi type de 1996 du CNUDCI pour édicter des lois à la fin des années 90 et le début des années 2000, mais il existe des divergences dans la mise en œuvre de l'approche fonctionnelle selon les pays compte tenu du caractère non contraignant de la loi type. Par exemple, la neutralité technologique n'est pas mobilisée systématiquement, avec en droit anglais et américain une énumération de techniques spécifiques qui doivent être utilisés pour rendre valide un document alors que le principe veut que n'importe quel technique fonctionne si les fonctions des formalités sont rencontrées. Aussi, l'énoncé du principe d'équivalence fonctionnelle est différent selon le pays en question, avec en contexte belge la consécration claire du principe dans une loi et en contexte anglais une mobilisation du principe seulement dans la jurisprudence. Il faut dire également que les fonctions attribuées à une formalité peuvent varier d'un pays à un autre, avec par exemple la fonction d'intégrité nécessaire à l'écrit signé en droit français et américain, mais non pas en droit belge qui exige cette fonction plutôt pour la signature électronique. Enfin, l'auteure s'oppose à l'utilisation d'une terminologie nouvelle comme le support durable en droit européen et le record en droit américain qui mélangent au final plus les pincesaux qu'autre chose.

2. Éléments pour une théorie des équivalents fonctionnels

2.1. Fondements critiques du principe d'équivalence fonctionnelle

L'auteure retourne à l'origine conceptuelle du principe d'équivalence fonctionnelle et indique qu'il englobe deux notions, soit le postulat d'équivalence entre l'environnement traditionnel et numérique et la neutralité technologique. Le postulat d'équivalence se veut abstrait et prévoit que le monde numérique doit être traité de la même manière que le monde analogique. La neutralité technologique se veut plus concrète et prévoit qu'il ne devrait pas y avoir de discrimination entre les procédés numériques et analogiques, et entre les procédés numériques entre eux. Les deux

principes ont pour objectif commun de favoriser le développement de la société d'information et la levée des obstacles à l'endroit des nouvelles technologies en vue d'assurer le progrès. Il faut dire aussi que le principe d'équivalence fonctionnelle offrait aux législateurs une solution rapide et en continuité avec le droit en vigueur pour faire face à l'arrivée des nouvelles technologies, comme il mobilise les exigences de forme déjà en place.

L'auteure poursuit avec une appréciation critique du principe d'équivalence fonctionnelle. Les premières limites au principe sont d'ordre contextuel. L'adoption de la loi type de 1996 de la CNUDCI a entraîné des règles disparates au niveau étatique en raison du caractère non contraignant du texte. Au sein même du droit interne, on remarque que les États ont manqué de clarté et de cohérence dans l'implantation du principe. Aussi, la complexité inhérente aux nouveaux procédés électroniques rend plus difficile l'implantation avec succès du principe d'équivalence fonctionnelle. Ces limites ne sont toutefois pas propres au principe, car ce sont des pépins qui auraient été rencontrés avec n'importe quelle nouvelle formule pour accorder une protection juridique aux nouvelles technologies. Les limites au principe comme tel renvoient plutôt au fait qu'il n'est pas toujours possible de traiter de la même manière l'environnement traditionnel et technologique, mais à ceci il est possible de rétorquer que le postulat d'équivalence n'est pas un dogme et qu'il est possible de s'en écarter si c'est justifié. Une autre limite serait le manque de cadre méthodologique clair pour dégager les objectifs et les fonctions des exigences de forme, ce à quoi l'auteure tente de remédier plus loin. Enfin, l'auteure explique que le principe d'équivalence fonctionnelle serait plus facile à implanter avec une meilleure cohérence du formalisme en droit interne, car après tout c'est là un prérequis pour dégager ensuite les équivalents fonctionnels pour l'environnement numérique.

2.2. Théorie fonctionnaliste du principe d'équivalence

L'auteure se penche ensuite sur la méthodologie de l'analyse fonctionnelle avec une visée interdisciplinaire, en faisant appel à la philosophie des sciences et à l'analyse de la valeur en ingénierie. Il faut d'abord distinguer la fonction interne de la fonction externe de l'objet étudié. La fonction interne renvoie au fonctionnement de l'objet, alors que la fonction externe renvoie au rôle de l'objet. Ceci est important parce que le principe d'équivalence fonctionnelle s'intéresse plus à la reproduction du rôle de l'objet (fonction externe) que la reproduction du fonctionnement (fonction interne) qui sera différent dans l'univers numérique. Ceci étant, il demeure qu'il faut s'attarder aux fonctions internes de l'objet en vue d'extraire les fonctions externes. Dans le contexte des exigences de forme, il sera aussi nécessaire de prendre

en considération les objectifs du législateur pour trouver les fonctions externes pertinentes. L'auteure établit une autre distinction à ce propos, en distinguant la dimension téléologique de la dimension analogique pour l'analyse fonctionnelle des exigences de forme. La dimension téléologique renvoie au processus de sélection des fonctions des exigences de forme, soit le fait de partir des fonctions internes pour trouver les fonctions externes et les sélectionner en s'aidant des objectifs du législateur pour exiger cette formalité. La dimension analogique permet d'évaluer concrètement si deux procédés différents peuvent être considérés équivalents s'ils remplissent les mêmes fonctions. L'auteure explique aussi que pour déterminer les fonctions des exigences de forme, il est utile de faire appel à l'analyse de la valeur qui prévoit que les fonctions doivent être exprimées de manière évaluable pour déterminer ensuite à quel degré devra être rencontré l'exigence de forme équivalent dans l'univers technologique.

L'auteur applique ensuite cette méthodologie aux exigences de forme emblématique que sont l'écrit, l'obligation d'information et la signature, particulièrement en vogue dans le domaine du formalisme de protection de la partie faible. L'objectif du législateur dans l'imposition de ces formalités est d'assurer la sécurité des relations contractuelles en protégeant la partie faible, en plus de permettre que celle-ci reçoive toutes les informations utiles en moment opportun.

Pour l'exigence de l'écrit, l'auteure repère trois fonctions, soit la lisibilité, la consultation ultérieure et l'intégrité. La lisibilité du document peut se faire de manière directe ou indirecte par le biais d'une machine, tant qu'au final l'information du document soit porteuse de sens. La consultation ultérieure du document est relative et le laps de temps où l'on doit pouvoir le consulter dépendra des objectifs du législateur. En certaines circonstances, il sera nécessaire de faire la migration des supports pour assurer la consultation ultérieure. L'intégrité renvoie quant à elle à la qualité d'un document qui n'a pas été altérée par des modifications de nature à modifier la signification de son contenu. Cette définition permet d'établir que toute modification ne sera pas une atteinte à l'intégrité. Selon l'auteure, le changement de logiciel pour un document ne portera par exemple pas atteinte à son intégrité si le contenu d'origine demeure inchangé.

Pour l'exigence d'information écrite, il faut ajouter aux fonctions de la formalité de l'écrit une fonction additionnelle de clarté. La volonté d'imposer une information écrite est souvent pour attirer l'attention de la partie faible à l'égard d'une clause particulière. Selon l'auteure, il suffit pour le législateur de définir la fonction de clarté pour l'exigence d'information et il reviendra ensuite aux experts en informatique d'établir un procédé technologique équivalent pour attirer l'attention des utilisateurs à l'endroit d'une information précise.

Enfin, pour l'exigence de signature, les fonctions sont l'identification et l'approbation du contenu signé. Une signature électronique devra donc assurer l'identification de la personne et permettre de s'assurer que cette personne a approuvé le contenu signé. Aussi, selon l'auteure, c'est à tort que la fonction d'intégrité est associée à la signature ; cette fonction revient plutôt à l'écrit.

Ainsi, selon le principe d'équivalence fonctionnelle, un procédé technologique qui respecte les fonctions ici répertoriées se verrait reconnaître la même reconnaissance juridique que les procédés de l'environnement traditionnel.

Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique est un ouvrage incontournable pour mieux comprendre les enjeux du principe d'équivalence fonctionnelle, autant par la qualité de son contenu que par son organisation interne hors pair. Aussi, la méthodologie développée permettra aux législateurs à travers le monde de faire les choix les plus éclairés pour l'adaptation du droit à l'entrée en scène des nouvelles technologies, en plus de rendre accessible un développement théorique majeur pour les chercheurs qui désirent creuser davantage sur cette méthode de référence en droit des technologies!