

Compte rendu

Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels – Théorie critique*

Aldine Calveyrac**

« Dès le moment où change le couplage message/
support, [...], alors dans nos civilisations, tout
change »

– Michel Serres

Cette citation de Michel Serres illustre ô combien le thème plus général dans lequel s'inscrit l'étude de Marie Demoulin.

Depuis l'invention de l'imprimerie par Gutenberg, l'écrit s'est effectivement vu consacrer une place de choix dans les transactions quotidiennes. Équipée de ce support physique, la société s'est progressivement confortée dans l'idée d'y consigner ses rapports contractuels : « Que le papier parle et que la langue se taise »¹ !

Partant d'un tel constat, l'auteure souligne, dès l'introduction, le bouleversement qu'a représenté le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans nos habi-

© CIPS , 2015.

* Marie Demoulin, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels – Théorie critique*, coll du CRIDS (Bruxelles, Éditions Larcier, 2014), 644 pages ISBN 978-2-8044-7385-3.

** Stagiaire en droit chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce.

1. Miguel de Cervantès Saavedra, *L'ingénieur hidalgo Don Quichotte de la Manche*, Tome II, Chapitre VII (1615).

tudes quotidiennes. C'est ainsi que Marie Demoulin s'est afférée à la question récurrente, et toujours aussi sensible, de l'adaptation de nos concepts juridiques traditionnels à l'environnement numérique d'aujourd'hui.

Professeure adjointe à la Faculté des arts et des sciences de l'Université de Montréal, Marie Demoulin s'intéresse donc à la manière dont les changements suscités par l'essor de la société de l'information sont formalisés par le droit. Plus particulièrement dans cet ouvrage – fruit d'une thèse de doctorat défendue à l'Université Namur et de travaux de recherche menés au sein du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) – elle présente le principe d'équivalence fonctionnelle : de ses balbutiements à sa consécration, tant sur les scènes nationale qu'internationale.

Tandis que certains auteurs soutenaient la nécessité de forger des règles spécifiques au monde numérique, les adeptes de l'approche fonctionnaliste – baptisée « doctrine (ou théorie) des équivalents fonctionnels » – tendaient, tout au contraire, d'y intégrer les notions juridiques classiques d'ores et déjà établies, tels que l'écrit, la signature ou encore la notion d'original, souligne Etienne Montero, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Namur, dans la préface de l'ouvrage. C'est la conception de « l'équivalent fonctionnel » qui fut effectivement adoptée.

Ainsi, l'auteure explique qu'en tentant de répondre au phénomène de dématérialisation des documents dans le commerce électronique, le principe des équivalents fonctionnels cherche à établir une équivalence juridique entre les documents électroniques et les documents papier. Cette solution, qui fut suggérée par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), impose « une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique »².

Afin de souligner la forme sous laquelle ledit principe a pris son assise ainsi que les diverses façons dont il est mis en œuvre, Marie Demoulin structure son étude en deux parties. Dans un premier temps, l'auteure retrace les origines du principe avant de rendre compte des travaux de la CNUDCI et de la diffusion dudit principe sur la scène internationale. Enfin, après avoir porté un œil critique

2. Marie Demoulin, *supra* note * à la p 14.

sur le principe d'équivalence fonctionnelle, elle s'attache, dans un second volet, à en élaborer une théorie générale.

Pour explorer les fondements du principe, l'auteure choisit de concentrer son analyse sur les traditions juridiques en droit belge, français, européen mais également anglo-américain. Relevant les différences de formalisme contractuel existant d'un système juridique à l'autre, elle constate que les solutions préconisées pour reconnaître juridiquement les technologies de l'information et de la communication en la matière étaient tout aussi diverses et variées. Guidant ainsi le lecteur vers le contexte historique ayant mené à la consécration de l'approche fonctionnaliste, l'auteure souligne la nécessité de procéder à un travail d'harmonisation en la matière. C'est pourquoi, en menant cette étude comparative, elle ne manque pas d'examiner le droit commercial international. Ce dernier est effectivement essentiel à la compréhension des origines du principe, sa consécration et son essor sur la scène internationale. En l'occurrence, les travaux de la CNUDCI s'avèrent déterminants. Dans cette poursuite aux origines de l'approche fonctionnelle, l'auteure analyse également les raisonnements développés en sciences de l'information et les techniques d'analyses en ingénierie.

Ce faisant, Marie Demoulin favorise la compréhension du principe en nous offrant non seulement une lecture détaillée des ouvrages et autres canaux par le biais desquels il fut diffusé mais aussi par l'approche interdisciplinaire qu'elle adopte.

Dans le second volet de son étude, l'auteure questionne la solidité du principe d'équivalence fonctionnelle en examinant le postulat d'équivalence entre l'environnement numérique et l'environnement analogique ainsi que le principe de neutralité technologique. Au delà du simple examen de ces principes qui fondent la doctrine des équivalents fonctionnels, Marie Demoulin s'interroge quant à leur articulation les uns avec les autres. À cet égard, les nombreux schémas élaborés pour illustrer les concepts clés seront très appréciés par le lecteur.

C'est également dans la deuxième partie de son ouvrage que l'auteure identifie les obstacles à l'application du principe d'équivalents fonctionnels. Consciente des faiblesses du principe et des commentaires de ses détracteurs, Marie Demoulin identifie les problèmes suscités par la théorie. Elle propose particulièrement des remèdes à l'une des critiques principales formulées à son encontre, voulant que le principe des équivalences fonctionnelles ne répondrait pas adéquatement à l'impératif de sécurité juridique.

En quête d'une solution pour pallier ces entraves, elle relève effectivement que « la juste attribution des fonctions remplies respectivement par le papier, l'écrit, voire la signature, constitue l'un des points névralgiques de toute réflexion sur l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies »³. Forte de cette réflexion, l'auteure propose une méthode d'analyse ayant vocation de replacer les fonctions de nos concepts juridiques traditionnels au cœur même du principe des équivalences fonctionnelles. Alors que pareille démarche faisait jusqu'alors défaut, la méthodologie d'analyse fonctionnelle suggérée par Marie Demoulin vient combler cette carence du droit.

En conclusion, l'auteure répond à sa question de recherche par l'affirmative en confirmant que le principe d'équivalence fonctionnelle offre une solution appropriée et cohérente pour l'adaptation du formalisme contractuel aux nouvelles technologies, à condition d'en préciser les fondements conceptuels et d'établir une méthodologie solide. Avec cet ouvrage, les contours et les rouages de la théorie des équivalents fonctionnels sont mis en lumière. La méthode d'analyse développée par Marie Demoulin constitue un apport considérable pour la pratique. Ayant essentiellement vocation à faciliter le travail des législateurs, elle concourra également à une plus grande homogénéité dans la mise en œuvre du principe d'équivalence fonctionnelle⁴. L'étude de Marie Demoulin deviendra donc une précieuse source d'informations en la matière tant de par l'impressionnante bibliographie à laquelle l'auteure fait référence que par l'esprit interdisciplinaire dans lequel elle s'inscrit.

3. Didier Gobert et Etienne Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (2001) *Journal des Tribunaux* 6000, p 122, tel que cité dans *ibid* note 2, à la p 493.

4. *Ibid*, note 2 à la p 607.