

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Signature et contrat dans les environnements électroniques ouvert

Montero, Etienne

Published in:

Le contrat électronique international : actes des deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique (Nice, 6-7 novembre 2003)

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2005, Signature et contrat dans les environnements électroniques ouvert. dans *Le contrat électronique international : actes des deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique (Nice, 6-7 novembre 2003)*. Litec, Paris, pp. 187-197.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**SIGNATURE ET CONTRAT DANS LES ENVIRONNEMENTS
ÉLECTRONIQUES OUVERTS**

Etienne MONTERO

*Professeur aux Facultés universitaires de Namur (Belgique)
Attaché de recherches au Centre de Recherches Informatique et Droit
(C.R.I.D.)*

1. – Il m'a été demandé de rapprocher les notions de signature électronique et de contrat électronique. Dans le temps de parole qui m'est imparti, je me bornerai à formuler quelques observations autour d'un seul concept – la doctrine des équivalents fonctionnels – et d'une question en particulier : peut-on conduire jusqu'au bout la logique fonctionnaliste ?¹

2. – Pendant de nombreuses années, on a pu se dispenser d'une réforme législative du droit de la preuve en vue de l'adapter aux développements des technologies de l'information. Aussi longtemps que la communication et le commerce électroniques ont été confinés dans des réseaux fermés et sectoriels, on pouvait compter sur un aménagement contractuel des règles de preuve par le biais d'accords volontaires entre les participants aux réseaux, et parier, pour le reste, sur une évolution jurisprudentielle des mêmes règles. D'autant que les contestations relatives à la preuve ont toujours été plutôt rares dans le passé.

L'explosion de l'internet, à partir de l'année 1996 en Europe, a changé la donne. La solution contractuelle n'est plus une panacée dans le cadre du réseau des réseaux si bien qu'on ne pouvait plus s'accommoder du régime probatoire de l'acte sous seing privé, imprégné d'une conception formaliste des notions d'écrit et de signature. Caractérisé par son ouverture, l'internet permet, en effet, l'établissement de rapports contractuels occasionnels entre partenaires qui ne se connaissent pas nécessairement et n'entretiennent pas de rapports continus. Avec la généralisation de l'accès à l'internet, le contrat en ligne, conclu sans papier ni signature manuscrite, pénètre désormais la vie domestique. Loin de demeurer l'apanage des « commerçants », les contrats électroniques sont de plus en plus susceptibles d'intéresser également les particuliers.

Il était donc impérieux de déterminer les conditions de recevabilité et la valeur probante des « contrats dématérialisés » si on ne voulait pas les tenir pour exclus du domaine de la preuve littérale. A cet égard, il devenait évident qu'en dépit de l'aptitude des juges à innover au départ des textes existants, l'élaboration jurisprudentielle d'un droit de la preuve adapté aux nouvelles

¹ Ce rapport s'appuie sur certains de nos travaux antérieurs. Afin de ne pas alourdir l'exposé en multipliant les références, nous nous permettons de renvoyer globalement le lecteur aux études suivantes : E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179-210 ; IDEM, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, Formation permanente – Commission Université-Palais (CUP), vol. 54, mars 2002, pp. 39-82 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128 ; IDEM, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39.

technologies de l'information risquait d'être lente et parcellaire. La rareté des litiges soumis à la justice ne permettait pas d'augurer d'un renversement décisif et à brève échéance de la jurisprudence dominante. Aussi est-il apparu nécessaire de légiférer. Les dernières réticences allaient être vaincues par l'adoption de la directive européenne du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques², à laquelle les Etats membres étaient tenus de se conformer avant le 19 juillet 2001.

3. – L'idée de faire droit aux preuves informatiques par le biais soit d'un régime généralisé de preuve libre, soit d'une sollicitation (excessive ?) des exceptions au principe de la prééminence de l'écrit signé a fait long feu. Un consensus s'est dégagé en doctrine pour assurer la consécration de principe de l'acte instrumentaire électronique (à tout le moins de l'acte sous seing privé, dans un premier temps). Il ne fait pas de doute que la reconnaissance juridique de la signature électronique a supposé, du même coup, la reconnaissance des formes électroniques de l'écrit et de l'acte sous seing privé.

La suggestion d'adopter une définition fonctionnelle du concept de signature s'est progressivement imposée comme une voie privilégiée. Développée par une certaine doctrine au début des années 90³, la théorie des équivalents fonctionnels a trouvé une remarquable consécration dans les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (C.N.U.D.C.I.), en particulier dans la loi type adoptée en 1996⁴. En substance, la signature électronique se veut la transposition, dans l'univers électronique, des fonctions traditionnellement dévolues à la signature manuscrite⁵.

² Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

³ Voy., not., M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND et M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Cahiers du CRID, n° 7, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 38 et s. Cf. aussi G. MAINCON-VITRAC, « EDI et régime de la preuve – La piste des équivalents fonctionnels », *Expertises*, n° 193, 1996, pp. 144 et s.

⁴ 29^e session, 28 mai – 14 juin 1996, disponible sur Internet (www.uncitral.org/fr-index.htm).

⁵ Pour un approfondissement de l'approche fonctionnelle *ad generalia*, voy., E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, pp. 323 et s., spéc. pp. 380 et s.; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 713 à 717, n° 29 à 32. Sur la mise en œuvre de l'approche fonctionnelle en matière de signature, voy., not., E. CAPRIOLI, « Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », *J.C.P.*, E, n° 30, 2000, suppl. n° 2, pp. 1 et s.; E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 179-210; D. GOBERT et E. MONTERO, « La

Cette approche fonctionnelle conduit à proclamer l'équivalence de principe entre signature manuscrite et signature électronique, ainsi qu'entre acte sous seing privé traditionnel et acte sous seing privé électronique.

Pourtant, à divers égards, tout sépare les deux formes de signature, ce qui ne surprend qu'à moitié car si rien ne les distinguait, proclamer leur équivalence n'aurait eu aucun sens. Qu'est ce qui rapproche et qu'est-ce qui distingue signature manuscrite et signature électronique ?

4. – On sait, tout d'abord, que l'approche fonctionnelle va de pair avec le principe de neutralité technologique. Il s'agit de faire l'économie de règles spécifiques – techniques et tatillonnes – pour encadrer les mécanismes de signature électronique et préserver ainsi l'unité du droit de la preuve. Un autre intérêt de la solution réside dans son aptitude à résister aux inévitables évolutions technologiques.

Cependant, il y a un prix à payer : du côté du justiciable, la nécessité de convaincre le juge que telle signature électronique – contestée – émane effectivement de telle personne.... Quant au juge, on reporte sur lui le soin d'apprécier, au cas par cas, la réalisation des fonctions attendues. L'exercice peut s'avérer embarrassant tant pour les parties que pour les juges.

5. – En réalité, a-t-on vite remarqué, l'ouverture offerte par une définition fonctionnelle, techniquement neutre, des concepts d'écrit et de signature est battue en brèche par la nécessité de pointer, parmi les techniques existantes, celles qui sont propres à réaliser ces fonctions⁶.

Dans le sillage du législateur européen, on est donc arrivé à la conclusion que ces deux approches, apparemment contradictoires, sont en réalité complémentaires : assurer la recevabilité en justice et l'efficacité juridique des signatures électroniques ordinaires, d'une part, prévoir l'assimilation automatique à la signature manuscrite d'un procédé particulièrement fiable de signature électronique, d'autre part. Le parti a donc été pris, dans plusieurs Etats (France et Belgique, notamment) de cumuler les deux approches, par l'adoption de deux textes distincts : un texte général visant à introduire, généralement dans le Code civil, une définition fonctionnelle de la signature électronique, et un texte plus technique, sous la forme d'un décret (France) ou d'une loi particulière (Belgique), visant à désigner un mécanisme de signature électronique présumé apte à réaliser les fonctions attendues (la terminologie

signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *op. cit.*, pp. 17-39.

⁶ Cf. E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, n° 11, pp. 660-670, spéc. la conclusion.

utilisée se veut plus ou moins ouverte, même s'il est clair que l'on a toujours en tête un modèle précis : la signature numérique à double clé cryptographique).

6. – La fonction d'identification de la signature se présente désormais sous un jour sensiblement différent. Dans les rapports contractuels classiques, le rôle d'identification assigné à la signature manuscrite est mineur : la vérification de l'identité n'intervient qu'*a posteriori*, sur le seul *plan probatoire, en cas de litige*. Il en est ainsi car d'autres facteurs entrent en ligne de compte : la reconnaissance physique entre parties présentes, la familiarité de la voix, la présentation de documents d'identité produits par des autorités officielles, etc. Ce n'est qu'en cas de contestation sur l'existence ou l'étendue d'un engagement qu'est sollicitée la fonction d'identification de la signature pour *établir* la présence physique à l'acte du débiteur récalcitrant et son consentement au contenu de l'acte.

Dans les réseaux fermés, l'identification repose également sur la maîtrise préalable de l'environnement. En effet, un tel réseau est géré par une entité unique, qui exerce un contrôle sur ses composantes techniques (interfaces de communication, sécurité, contenus échangés...) et sur les utilisateurs. La participation à un réseau fermé est généralement subordonnée à une procédure d'enregistrement, les membres se connaissent en principe et ont préalablement adhéré à une convention-cadre appelée à régir leurs relations commerciales. En revanche, les réseaux ouverts se présentent comme une structure décentralisée, sans point unique de contrôle, où des relations peuvent se nouer entre personnes qui, souvent, ne se connaissent pas. Dans ce contexte, la signature est appelée à remplir, à elle seule, la fonction d'identification, non plus *ex post*, mais *ex ante* désormais ! Par l'utilisation de la cryptographie asymétrique, en effet, l'identité du signataire est établie et formellement vérifiée préalablement à la conclusion de la transaction. La signature numérique apparaît comme un élément déterminant dans l'identification de l'interlocuteur en ce qu'elle permet de s'assurer de l'expression correcte et sûre de son consentement. Ainsi est-il permis de conclure qu'elle a vocation à jouer un rôle essentiel, non plus seulement sur le terrain *probatoire*, mais au niveau de la *formation* même du contrat. Les développements actuels de la praxis en matière de certification des signatures et du contrôle systématique de celles-ci prouvent que les parties en usent comme d'un instrument approprié pour s'assurer de la « validité » des contrats formés par le biais des réseaux. Dans cette optique, on passe, semble-t-il, d'un système de preuve essentiellement statique vers un système dynamique : la preuve renvoie moins à un objet – une information figurant sur un document-papier revêtu d'une signature manuscrite – qu'à un *processus* de sécurisation reposant sur une vérification *ex ante* ; le libellé de la définition française est significatif à cet égard : « Lorsqu'elle est électronique, [la signature] consiste dans l'usage d'un *procédé fiable* (...) » (art. 1316-4 C. civ.).

7. – Par ailleurs, une nouvelle fonction – inconnue sous l'empire de la signature manuscrite – est dévolue à la signature électronique : la *garantie d'intégrité*. Le législateur belge, notamment, n'a pas hésité à exiger de toute signature électronique qu'elle soit apte à assurer le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte (cf. art. 1322, al. 2, C. civ. belge)⁷.

Sous l'empire de la signature manuscrite, cette fonction est assurée, non au moyen de la signature elle-même, mais par le biais du support papier sur lequel elle figure nécessairement. Il s'agit d'un support inaltérable (les fraudes sont difficiles à dissimuler : les ajouts ou ratures se décèlent facilement) et stable (le papier se dégrade peu). Ces qualités fonctionnelles du papier expliquent, à cet égard, qu'il ait été placé au sommet dans la hiérarchie des modes de preuve. Le contenu étant, pour ainsi dire, matériellement indissociable du support, ce dernier permet d'assurer l'intangibilité et la non-répudiation du contenu. Dans les réseaux ouverts, cette fonction se déplace : du support vers le contenu, et ce, par le biais de la signature. A défaut d'une sécurité au niveau de la structure des réseaux, il s'agit d'assurer la sécurisation de chacun des *contenus* échangés, et cette sécurisation de chacun des flux et messages s'effectue, non plus par le biais du support des actes, mais au moyen de leur signature. Telle est bien une fonction nouvelle assurée, en particulier, par la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique. C'est pourquoi pareille signature est appelée à jouer un rôle déterminant dans les environnements électroniques ouverts. Dès l'instant où son authenticité a pu être vérifiée par l'examen du certificat émis par un tiers indépendant, elle permet en quelque sorte de « fermer le système » et d'instaurer la confiance ! Il s'agit là, comme on sait, d'une préoccupation constante en la matière⁸.

8. – Mais il y a plus. Qu'en est-il en cas de contestation ? Concrètement, le débat judiciaire peut tourner autour de deux questions distinctes⁹ : une première question est de savoir si tel procédé utilisé constitue une signature valable. En matière de signature traditionnelle, ce simple problème juridique de qualification peut être aisément tranché par le juge. Ainsi peut-il estimer que tel signe ne constitue pas une signature valable pour divers motifs : soit le signe est illisible, soit il n'a pas été apposé directement sur l'acte (papier carbone,

⁷ Voy. notre critique sur ce point dans l'étude précitée « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », spéc. n° 10.

⁸ Voy., p. ex., E. CAPRIOLI, « Sécurité et confiance dans le commerce électronique. Signature numérique et autorité de certification », *J.C.P.*, G, n° 14, 1998, pp. 583-590 ; M. ANTOINE et Y. POULLET, « 'Vers la confiance' ou comment assurer le développement du commerce électronique », in Fédération Royale du notariat belge (FRNB), *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 345-380.

⁹ A ce sujet, voy. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, Tiré à part du Répertoire notarial, 3^e éd. revue et mise à jour par D. MOUGENOT, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 225, n° 158-1.

photocopie, télécopie...), soit il ne manifeste pas l'adhésion de son auteur au contenu de l'acte (eu égard à son emplacement...), etc. En cas de signature valable, une seconde question peut surgir : cette signature est-elle imputable au signataire apparent ? Il est encore loisible à ce dernier de dénier son écriture et d'inciter le demandeur à recourir à la procédure de vérification d'écritures.

9. – Au stade de la qualification du procédé de signature, force est déjà d'observer deux importantes différences entre la signature manuscrite et la signature électronique.

Premièrement, la signature manuscrite réserve normalement peu de surprise : pourvu qu'elle consiste en la marque habituelle du signataire et qu'elle soit tracée au bon endroit, sa validité est assurée. La signature électronique est nettement plus imprévisible. Sauf si l'on est en présence de la signature électronique qui jouit du régime de faveur, en cas de contestation, il revient au juge d'apprécier l'aptitude du procédé à satisfaire aux fonctions attendues. La marge de manœuvre laissée au juge entraîne une insécurité juridique, qui est pratiquement négligeable en présence d'une signature traditionnelle. On peut s'en plaindre. Toujours est-il que cette incertitude est consubstantielle à la doctrine des équivalents fonctionnels, laquelle enseigne l'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite, à condition que la première remplisse les fonctions traditionnellement dévolues à la seconde. En vérité, tout sépare les deux formes de signature : au point de départ, pourrait-on dire, une signature électronique n'est précisément pas l'équivalent d'une signature manuscrite... Le Code civil ne s'est jamais préoccupé de la fiabilité de la signature sur papier, ni du procédé utilisé (sauf rares exceptions : la griffe, les empreintes digitales, la signature à main guidée...). Or, ces questions deviennent essentielles en matière de signature électronique : il y a lieu de convaincre le juge que le mécanisme utilisé remplit effectivement les fonctions classiques de la signature. C'est ici qu'intervient la seconde grande différence : alors qu'en matière de signature manuscrite, le juge peut trancher seul et aisément la question de la qualification – simple question juridique –, il devra souvent faire appel à un expert pour apprécier la validité d'un procédé de signature électronique. Et l'on évoque pas toutes les questions relatives, d'une part, à l'obsolescence du matériel informatique et des dispositifs logiciels d'écriture, de lecture ou d'exploitation, d'autre part, au vieillissement des clés.

10. – Des différences analogues se marquent aussi sur le terrain de la vérification d'écritures.

Sans contester la validité du mécanisme de signature électronique, le défendeur peut encore affirmer ne pas avoir signé. Etant donné la haute fiabilité de certaines signatures – et, partant, la diminution des risques de fraude –, on peut

se demander s'il est opportun de laisser au signataire la possibilité d'un désaveu.

Dans la logique de la doctrine fonctionnaliste, la réponse devrait être affirmative : l'auteur présumé d'une signature électronique – quel que soit le procédé utilisé ! – doit pouvoir dénier son écriture et obliger le demandeur à recourir éventuellement à une procédure de vérification d'écritures.

La solution contraire signifierait un alignement du régime probatoire de l'acte sous seing privé électronique sur celui de l'acte authentique traditionnel¹⁰. Pareille interprétation bouleverserait le droit de la preuve – perspective qui précisément était répudiée par les auteurs de la réforme ! – et serait en contradiction flagrante avec la philosophie même de l'approche fonctionnelle. En effet, contrairement à ce qui a toujours été proclamé, il n'y aurait donc pas *équivalence* entre la signature électronique et la signature manuscrite, mais *supériorité* de la première sur la seconde ! Pour le dire encore autrement, il n'y aurait pas assimilation de l'acte sous seing privé électronique à l'acte sous seing privé traditionnel (sur support papier), mais *supériorité* du premier sur le second¹¹. Car, en effet, en toute hypothèse, une dénégation pure et simple suffit pour qu'aucune foi ne s'attache à un acte sous seing privé ; il incombe alors à celui qui invoque l'acte d'en rétablir la force probante en prouvant l'authenticité de la signature, au besoin par le recours à une demande en vérification d'écritures.

11. – Encore le débat pourrait-il se déplacer sur le terrain des responsabilités... et venir tempérer, voire gommer, l'effet du désaveu. C'est ici qu'apparaît une autre différence – de taille ! – entre la signature manuscrite et la signature électronique. Jusqu'ici, le seul risque de fraude était l'imitation de signature : or, on voit mal comment on aurait pu reprocher une faute dans le chef du prétendu signataire et le tenir pour responsable des conséquences de la fraude.

¹⁰ La différence fondamentale entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique réside en ce que le premier est dépourvu de toute force probante quant à son origine – il ne prouve rien, il ne constitue pas une preuve – tant qu'il n'est pas reconnu ou légalement tenu pour tel (art. 1322 C. civ.). Celui auquel on oppose un acte sous seing privé peut donc toujours se borner à désavouer son écriture ou sa signature (art. 1323 C. civ.), ou, si l'acte émane d'un de ses auteurs, à déclarer qu'il ne connaît pas la signature. En toute hypothèse, une dénégation pure et simple suffit pour qu'aucune foi ne s'attache à un acte sous seing privé. Il incombe alors à celui qui invoque l'acte d'en rétablir la force probante en prouvant l'authenticité de la signature, au besoin par le recours à une demande en vérification d'écritures. L'acte authentique, au contraire, ne doit pas être reconnu : parce qu'il a fait l'objet de constatations par un officier public, il jouit d'emblée d'une force probante provisoire (l'origine de l'écriture est susceptible de preuve contraire, mais par la seule voie de l'inscription de faux).

¹¹ Rapp. J. DEVEZE, « Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à P. Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 541.

En matière de signature numérique, la fraude la plus vraisemblable est l'hypothèse de l'usurpation de clé privée. Dans une telle hypothèse, une négligence du signataire apparent n'est pas à exclure dès lors qu'il est logiquement tenu de préserver la confidentialité de sa clé privée. Dans ce cas, si le désaveu de signature conduit à écarter des débats l'acte invoqué, le demandeur peut encore chercher à mettre en cause la responsabilité du signataire. Ce dernier devra répondre, le cas échéant, des ruptures de confidentialité de sa clé privée. Ainsi, le débat relatif à l'imputabilité de l'écriture et de la signature à son auteur prétendu pourra se poursuivre sur le terrain de la responsabilité. Question inédite sous l'empire de la signature traditionnelle et qui confère une tournure nouvelle à la question du désaveu de signature ! Le débat sur la preuve glisse largement vers un débat sur la sécurité, la gestion du risque et l'imputabilité de la responsabilité.

12. – Ces considérations ne remettent nullement en cause l'intérêt de l'approche fonctionnelle qui, dans plusieurs Etats de l'Union européenne¹², a également été suivie pour restituer des exigences de forme prescrites à d'autres fins que probatoires – et souvent associées au support papier – dans l'univers dématérialisé des environnements électroniques.

Comme l'on sait, des formes sont fréquemment requises non seulement pour la preuve du contrat, mais également pour sa validité ou son opposabilité aux tiers. Ces formalités modernes – multiples et diversifiées quant à leur nature et à leurs objectifs – sont donc susceptibles de constituer autant d'obstacles à la conclusion de nombreux contrats par voie électronique. A tout le moins créent-elles une grande insécurité juridique pour les parties car elles font en principe l'objet d'une interprétation formaliste, en ce sens que la règle de forme exclut, par définition, le procédé équipollent¹³. Aussi l'intervention du législateur s'imposait-elle afin d'adapter notre système juridique à ce nouveau mode de contracter. C'est dans cette optique que l'article 9 de la directive sur le commerce électronique oblige les Etats membres à ajuster leur législation dans la mesure où elle contient des exigences de forme. A cet égard, il ne s'agit pas de supprimer nécessairement ces dernières, mais de faire en sorte qu'elles puissent être satisfaites à l'aide d'équivalents électroniques¹⁴. Ainsi que le

¹² Belgique, Allemagne, Espagne, France, Luxembourg et Finlande.

¹³ En ce sens, G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 886 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 103 et s.

¹⁴ Voy. le considérant n° 35 de la directive sur le commerce électronique.

précisent le considérant n° 34 et les travaux préparatoires de la directive¹⁵, l'examen des législations nécessitant un ajustement doit se faire de manière *systématique* et porter sur *l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel*. Bien que l'article 9, § 1^{er}, de la directive vise la « conclusion des contrats par voie électronique », sont en réalité concernées toutes les étapes du « processus contractuel », depuis la période précontractuelle, y compris la publicité, jusqu'à l'archivage, en passant par l'offre, la conclusion du contrat, sa résiliation ou sa modification, son enregistrement, etc.¹⁶ En définitive, il s'agit de lever le moindre obstacle à l'automatisation complète du processus contractuel, afin d'éviter toute discrimination entre les « contrats-papier » et les « contrats électroniques ».

13. – On peut avoir quelque difficulté à concevoir comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées – qui garantissent une expression correcte des volontés – pourraient être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé, où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable¹⁷.

L'ampleur de la tâche assignée aux Etats membres par l'article 9 de la directive laisse rêveur, en ce qu'elle suppose un examen minutieux et exhaustif de l'ensemble de leur législation. A cet égard, le législateur belge fait *expressément* référence à la méthode dite « des équivalents fonctionnels ». L'article 16, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 prévoit, en effet, que « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Cette disposition à caractère général porte sur la notion d'exigence de forme au sens large, sans opérer à ce stade de distinction entre les multiples espèces de formalités. L'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 prévoit, en outre, plusieurs dispositions transversales particulières visant à couvrir les trois exigences de forme les plus courantes, à savoir celles relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites¹⁸.

¹⁵ Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26.

¹⁶ Le considérant n° 34 et le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique (*op. cit.*, p. 26) ne laissent planer aucun doute à cet égard.

¹⁷ Rapp. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, pp. 380 et s.

¹⁸ Pour un commentaire détaillé de ces dispositions, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 131-194.

14. – Ces dispositions audacieuses appellent des considérations analogues à celles formulées à propos de la signature électronique. L'avantage de l'approche fonctionnelle choisie par le législateur belge est de faire l'économie de la modification, l'une après l'autre, des innombrables règles de forme prescrites en matière contractuelle (ou de l'établissement d'une multitude de règles spécifiques) et, partant, d'assurer une meilleure cohérence de la réforme. Le prix à payer est, en cas de contestation, la nécessité de convaincre le juge que la fonction assignée à telle règle de forme a été respectée dans le cadre du contrat litigieux conclu par voie électronique. Des questions délicates ne manqueront sans doute pas de se poser quant à l'interprétation des dispositions horizontales adoptées eu regard à telle ou telle exigence de forme spécifique. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartiendra de les élucider à mesure qu'elles se présenteront. Pour l'heure, la pertinence de l'approche est difficile à apprécier. On peut craindre en ce domaine que la jurisprudence tarde à se développer et à s'imposer de manière uniforme. Mais, par ailleurs, n'est-il pas permis d'espérer que les prestataires se révéleront astucieux, que leurs cocontractants ne s'exposeront pas à invoquer en justice des nullités incertaines, que des standards ne tarderont pas à s'imposer...? Pourquoi, *in casu*, les parties ne parviendraient-elles pas à ajuster leurs pratiques au test prôné par l'article 16 ? Le législateur aurait-il été mieux avisé en adoptant des dispositions technologiques... vouées à une obsolescence rapide ?

Quoi qu'il en soit, ici comme en matière de signature, la référence à des standards, et partant à une certaine normalisation, semble apparaître comme une exigence essentielle au développement de la preuve et du commerce électronique.

15. – Au seuil de ces brèves considérations, nous posons la question de savoir s'il était possible de conduire jusqu'au bout la logique fonctionnaliste. La philosophie de la théorie des équivalents fonctionnels peut être résumée comme suit : au lieu de tourner le dos à des notions éprouvées (signature, écrit...), l'idée est de dégager les fonctions dévolues à celles-ci dans l'univers traditionnel – dominé par une culture du papier – en vue de les transposer dans l'environnement électronique ; pareille démarche est préférée à celle consistant à forger des règles entièrement neuves, conçues spécifiquement pour les contrats dématérialisés. Cette méthode présente l'intérêt de préserver l'unité des règles applicables sur le terrain du formalisme probatoire ou contractuel. Plutôt que d'instituer un régime juridique sur mesure pour les documents et contrats électroniques, on peut se borner à définir, à l'aide de quelques dispositions légales transversales, les conditions auxquelles le régime juridique des

documents et contrats papier leur sera applicable. Il en résulte une économie législative appréciable¹⁹.

L'affirmation d'une équivalence entre les deux environnements ne va pourtant pas de soi, tant il est vrai qu'il existe des différences irréductibles entre l'électronique et le papier²⁰. Nous avons illustré combien les questions se posent, à maints égards, en des termes différents dans l'un et l'autre univers. Faut-il dès lors faire entorse à la logique qui sous-tend l'approche fonctionnelle chaque fois qu'on est confronté à un problème très spécifique ? A notre avis, cette dernière suggestion est à proscrire sous peine de se mettre gravement en contradiction avec soi-même. L'exemple de la signature électronique permet d'illustrer le propos. « Le principal mérite de [la conception fonctionnelle de la signature] est son caractère ouvert et sa souplesse : n'importe quel mécanisme, aussi nouveau et inattendu soit-il, peut rentrer dans les limites d'un régime juridique donné dès lors qu'il présente les qualités fonctionnelles requises »²¹. Sur le plan de la *définition de la notion*, il nous paraît souhaitable de privilégier une approche uniforme de la signature, quelle qu'en soit la forme. Cette vision globale et fonctionnelle de la signature acquise, on peut néanmoins être tenté d'opérer des distinctions sur le plan de son *régime juridique*. Faut-il nécessairement soumettre au même régime juridique tous les procédés de signature, aussi différents soient-ils ? Vu la haute fiabilité de certains mécanismes de signature, ne conviendrait-il pas d'en modifier le régime de la dénéigation ?²² L'alternative est la suivante : soit on maintient la possibilité de désavouer *toute forme* de signature, soit on crée un régime sur mesure pour la signature électronique (ou du moins pour certains procédés particulièrement fiables). Si l'on devait retenir la deuxième option, on consacrerait une force probante à deux vitesses, plus ou moins intense selon la forme – manuscrite ou électronique – de l'acte sous seing privé. La volonté de créer des régimes différents selon la nature de la signature aurait pour effet de briser la *dynamique unificatrice* dont procède l'approche fonctionnelle. Nous plaïdons et pour l'unité de la notion de signature et pour l'uniformité de son régime juridique²³.

¹⁹ En ce sens, voy. D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Les obligations conventionnelles et le Bicentenaire du Code civil*, La Charte, n° 76 (à paraître).

²⁰ Au point d'être irréconciliables, selon certains auteurs. Cf. J. HUET, « Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », *D.S.*, 1991, pp. 181-189, spéc. p. 185 et, à sa suite, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2002, spéc. pp. 109-110 et note 220.

²¹ D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 81.

²² Plusieurs auteurs se sont prononcés en ce sens. Pour des références, voy. notre étude précitée « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », spéc. n° 13.

²³ Pour un développement plus ample, voy. notre étude précitée ; dans le même sens, voy. l'étude à paraître de D. MOUGENOT, déjà citée, spéc. n° 83.