



THESIS / THÈSE

DOCTEUR EN SCIENCES JURIDIQUES

Théorie critique du principe d'équivalence fonctionnelle en droit du commerce électronique

Demoulin, Marie

Award date:
2014

Awarding institution:
Universite de Namur

[Link to publication](#)

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.



**UNIVERSITÉ
DE NAMUR**

FACULTÉ
DE DROIT

Théorie critique du PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE FONCTIONNELLE en droit du commerce électronique

Thèse présentée le 7 mars 2014
en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques
de l'Université de Namur (Belgique)

par
Marie DEMOULIN

JURY :

Promoteur :

Professeur Étienne MONTERO, Université de Namur

Autres membres du Jury :

Professeur Marc NIHOUL, Université de Namur, Président du jury

Professeur Yves POULLET, Université de Namur

Professeur Xavier THUNIS, Université de Namur

Professeur Pierre TRUDEL, Université de Montréal

Professeur Anne PENNEAU, Université Paris 13

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Du papier aux « TIC », un formalisme bousculé. – Le développement de l'imprimerie et l'alphabétisation croissante de la population ont progressivement conféré à l'écrit une aura particulière qui a déteint sur le droit. À telle enseigne que l'écrit est progressivement apparu comme un moyen privilégié pour consigner fidèlement la volonté des parties contractantes, voire les protéger. Même si le consensualisme est demeuré la règle, un formalisme des actes juridiques s'est progressivement développé au moyen de l'écrit et de ses dérivés, la signature, les mentions manuscrites, la lettre recommandée... Ces exigences de forme pouvaient s'appuyer solidement sur le papier, support tangible, durable et rassurant, unissant l'écriture et la volonté, revêtu d'une certaine force symbolique, et jusqu'alors sans rival. Aussi, on imagine sans peine l'émoi suscité dans le monde juridique par le développement de l'informatique et des télécommunications, entraînant la « dématérialisation » des documents et la perte des repères séculaires véhiculés par le papier.

Les premières questions surgirent rapidement. Elles concernaient la capacité de l'outil informatique à fournir des documents reconnus par le droit au même titre que les documents papier : un document électronique pourrait-il être considéré comme un écrit ? Serait-il recevable en justice ? Dans l'affirmative, quelle serait sa force probante ? La signature manuscrite pourrait-elle valablement être remplacée par un procédé électronique ? À quelles conditions ?

Il est vite apparu que ces questions inédites étaient communes à toutes les traditions juridiques, quel que soit leur degré d'exigence à l'égard du formalisme contractuel. Sur la scène internationale, elles ont particulièrement retenu l'attention, vu les enjeux économiques importants. Dans des domaines tels que le transport international de marchandises et les transferts électroniques de fonds, l'utilisation de l'informatique et des réseaux se répandait rapidement, mais se heurtait de plein fouet à un lourd formalisme documentaire. Très tôt, les organismes internationaux ont exprimé leurs préoccupations, soulignant le besoin d'harmonisation des législations en la matière. L'avènement de l'internet et du commerce électronique, dans les années 90, rendit la question encore plus cruciale. En 1996, alors que peu d'États avaient réussi à instaurer, au niveau national, une véritable reconnaissance juridique des documents électroniques, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) fut la première à proposer une solution homogène, dans sa loi type sur le commerce électronique.

2. Approche fondée sur l'équivalent fonctionnel. – La solution avancée par la CNUDCI reposait sur une approche nouvelle, fondée sur « l'équivalent fonctionnel ». Cette approche implique « 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 »¹. Les messages informatisés qui rempliraient les mêmes fonctions que les documents papier pourraient ainsi bénéficier du même degré de reconnaissance juridique. Cette analyse va de pair avec les principes de neutralité technologique et de non-discrimination, généralement compris comme la nécessité d'une égalité de traitement des activités en ligne et hors ligne et d'une impartialité vis-à-vis des techniques utilisées pour communiquer, transmettre ou stocker de l'information.

À titre d'illustration, si l'on applique cette approche à l'exigence d'une signature, il s'agira de s'abstraire de l'environnement papier traditionnel et de l'apposition manuscrite d'un graphisme personnel, pour identifier les fonctions que la signature est censée remplir. Dans cette optique, on admet généralement que la signature doit au moins permettre d'identifier le signataire et d'attester son consentement au contenu de l'acte qu'il signe. Dès lors, tout dispositif électronique permettant de remplir ces fonctions d'identification et d'adhésion devrait être admis au même rang que la signature manuscrite.

La CNUDCI a ainsi consacré ce qui devait devenir pour beaucoup un principe de référence dès qu'il s'agirait d'adapter la législation aux technologies de l'information et de la communication (TIC). Ce principe est d'ailleurs devenu pour elle un leitmotiv, que l'on retrouve également dans la loi type sur les signatures électroniques (2001) et dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005).

3. Un succès... mitigé. – Considérée comme raisonnable et séduisante, l'approche fonctionnelle a connu un immense succès auprès de nombreux législateurs à travers le monde. Bien des textes se réclament ou s'inspirent du principe d'équivalence fonctionnelle afin de conférer aux documents électroniques une véritable reconnaissance juridique. À cet égard, sa propagation est indéniable. Il est vrai que sa simplicité et son caractère universel et abstrait transcendent les différents droits nationaux et offrent une solution uniforme, potentiellement applicable à toutes les formalités.

Mais il ne s'agissait après tout que d'une loi type, dont chacun pouvait s'inspirer librement. Il en résulte des mises en œuvre pour le moins bigarrées qui, toutes, évoquent pourtant l'approche fonctionnelle. Ainsi, un principe initialement voué à l'harmonisation des droits nationaux se retrouve parfois source de divergences.

En outre, l'équivalence fonctionnelle n'a pas tout résolu. Il suffit de considérer le peu de succès (pour ne pas dire l'échec) de la signature électronique et le gouffre qui subsiste à cet égard entre la désinvolture de la pratique et la rigueur du droit. Le principe pourrait avoir ici trouvé ses limites : peut-être n'est-il pas toujours possible de transposer les concepts du monde réel vers le monde virtuel ? S'agit-il encore d'équivalence fonctionnelle ? Le doute est instillé.

¹ Voy. les sections 15 à 18 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

4. Objet et plan de l'étude. – Face à un tel constat, on peut se demander, en définitive, si l'approche fonctionnelle est vraiment la réponse adéquate pour lever les obstacles formels au développement du commerce électronique.

Cette approche semble frappée au coin du bon sens et nous sommes encline à croire qu'elle offre une solution appropriée pour la régulation des TIC, en vue d'adapter nombre d'exigences du formalisme. Mais elle gagnerait sans doute en efficacité si elle était mieux comprise et mieux mise en œuvre.

Certes, le principe d'équivalence fonctionnelle existe, mais sa théorie reste à faire. Aussi, l'ambition de la présente étude est de systématiser la théorie des équivalents fonctionnels, en identifiant ses origines, son évolution, ses forces et ses faiblesses et en dégagant sa structure conceptuelle et méthodologique.

Il est d'abord indispensable de cartographier le développement du principe d'équivalence fonctionnelle, de ses origines à nos jours, pour aller au-delà des idées reçues. S'il est vrai qu'il a été consacré par la CNUDCI, cela ne signifie pas qu'il est né en son sein, et il serait utile de connaître sa source d'inspiration, pour situer le principe lui-même. Nous partons ainsi sur les traces de l'approche fonctionnelle pour en faire la genèse. Ce faisant, il s'avère indispensable de situer l'approche fonctionnelle dans les différents contextes juridiques de l'époque afin de comprendre pourquoi, de toutes les solutions envisageables, c'est elle qui a été retenue. Il faut ensuite examiner comment et sous quelle forme elle a été consacrée par la CNUDCI, puis quelle a été sa propagation au niveau national et international jusqu'à aujourd'hui, afin de vérifier son succès légendaire ou les alternatives qui lui ont été préférées, et de montrer la grande diversité de ses mises en œuvre. L'objectif de notre enquête empirique et historique est de dresser un état des lieux clair et nuancé.

Sur cette base, la seconde partie de l'étude s'attache à bâtir une théorie critique du principe d'équivalence fonctionnelle. Il s'agit cette fois de faire émerger les origines conceptuelles du principe pour lui donner une assise théorique, en faisant la lumière sur l'idée d'équivalence entre le monde analogique et numérique et sur le principe de neutralité technologique. Au passage, il convient d'éprouver la solidité du principe et de ses fondements, en examinant les critiques dont il peut faire l'objet, notamment au regard de l'impératif de sécurité juridique et du manque d'harmonisation dans sa mise en œuvre. Les forces et les faiblesses du principe étant ainsi identifiées, il est nécessaire, afin de compléter notre construction théorique, de proposer une méthodologie pour l'analyse fonctionnelle des exigences de forme, que nous testons enfin sur quelques formalités emblématiques.

5. Champ d'application du principe d'équivalence fonctionnelle. – Pour bien cerner les contours de l'étude, il faut rappeler que le principe d'équivalence fonctionnelle a été développé afin de permettre aux législateurs d'adapter le formalisme des actes juridiques au développement des TIC. Nous l'envisageons avant tout comme un principe pour la régulation des TIC, à l'attention du législateur, bien qu'il puisse également servir de technique d'interprétation pour la jurisprudence. À cet égard, soulignons d'emblée que la jurisprudence est rare en matière de formalisme contractuel dans l'environnement électronique, en particulier en droit belge et français, ce qui explique le peu de développements qui y sont consacrés. Toutefois, la jurisprudence classique en matière d'interprétation du formalisme contractuel a été exploitée, de même que les quelques décisions qui s'appliquent aux documents électroniques.

L'idée derrière le principe est de résoudre le problème de la dématérialisation des documents dans le commerce électronique, en reconnaissant l'équivalence juridique entre les documents électroniques et les documents papier, du moment qu'ils présentent les mêmes qualités fonctionnelles. Partant, dans sa conception originelle, ce principe est surtout voué à s'appliquer au formalisme documentaire : il s'est développé autour des notions d'écrit, de signature et d'original, et peut être étendu à d'autres formalités dérivées de l'écrit, telles que l'exigence de mentions manuscrites, la fourniture d'une information écrite ou l'indication d'une mention obligatoire, l'utilisation de certains types de documents, la constitution d'exemplaires multiples d'un acte, la datation, l'envoi recommandé, ou encore l'archivage de documents.

La présente étude examine l'approche fonctionnelle dans son champ d'application d'origine, à savoir celui du formalisme documentaire auquel les parties doivent se soumettre pour assurer à leurs actes juridiques non seulement une validité, mais également une efficacité². Le principe vise potentiellement toutes les formalités requises « à peine d'inefficacité juridique à un degré quelconque »³, qu'il s'agisse de formes solennelles ou de formes probatoires. Ces exigences sont le plus souvent imposées par la loi, mais peuvent également résulter des usages ou de la pratique commerciale. Le champ d'action de l'approche fonctionnelle ne se limite pas au formalisme entourant la conclusion du contrat, mais couvre plus largement toutes les formes qui peuvent être requises au cours du « processus contractuel », de la négociation à la fin du contrat, en passant par sa conclusion et son exécution, c'est-à-dire les formalités relatives à l'offre, l'acceptation, la rédaction de l'*instrumentum* et des autres documents qui gravitent autour, la modification d'un contrat, l'exécution des prestations convenues, la notification d'une volonté unilatérale, la conservation d'un document à des fins de contrôle ou de preuve...⁴

Par commodité, dans la suite de l'étude, nous utilisons les termes « formalisme contractuel » pour désigner ce formalisme documentaire⁵ requis au cours du processus contractuel. L'étude se concentre principalement sur le formalisme des actes juridiques privés, sans pour autant exclure des incursions dans le formalisme des relations avec l'administration, lorsque c'est utile à la compréhension de l'approche fonctionnelle. Le formalisme particulier de certains titres, comme le connaissement ou la lettre de change, sera également évoqué, dans la mesure où le principe d'équivalence fonctionnelle trouve son origine dans des réflexions portant sur ces documents, principalement en droit commercial international.

Étant donné le champ de l'étude, le lecteur sera peut-être frappé, du moins dans la première partie, par l'ampleur des développements consacrés à la preuve littérale. Vu l'abondante doctrine consacrée à la matière, de même que les premières initiatives des législateurs nationaux, force est de constater que l'apparition des TIC a d'abord été envisagée sous l'angle de la preuve, avant d'être élargie au formalisme contractuel en

² Sur cette conception large du formalisme, voy. not. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 21, n° 45.

³ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, pp. 98-99.

⁴ Sur cette notion de « processus contractuel », 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, Bruylant, 2003, p. 153 et s.

⁵ Nous ne visons pas ici les formes impliquant la présence de témoins ou la remise d'une chose.

général. Notre étude empirique ne fait que refléter cette réalité, pour situer la naissance du principe d'équivalence fonctionnelle dans le contexte de l'époque. Pour les mêmes raisons, on ne peut nier l'importance du cadre juridique relatif aux signatures électroniques, ce qui explique les nombreuses références qui y sont faites tout au long de l'étude, sans limiter l'analyse à cette seule question.

6. Méthodologie. – Au fil de nos recherches, il est apparu que le principe d'équivalence fonctionnelle présentait de multiples dimensions, auxquelles il a fallu adapter notre méthode.

Un peu d'histoire du droit s'est avéré indispensable afin de contextualiser la naissance du principe. Sans remonter au droit romain, l'étude se cantonne au formalisme du 20^e siècle, tel qu'il était « traditionnellement » considéré dans différents systèmes juridiques, pour montrer non seulement à quel point l'apparition des TIC a bouleversé les repères juridiques, mais aussi en quoi l'approche fonctionnelle pouvait constituer une réponse originale.

Dans notre exploration des origines et du développement du principe, il était impossible de se cantonner au droit d'un seul pays, ni de les envisager tous. En guise de point de départ, l'étude s'inscrit d'abord en droit belge et en droit français des contrats. Tous deux ont la réputation de prôner un formalisme rigoureux, et tous deux ont franchi le pas de l'équivalence fonctionnelle, ce qui constitue en soi une petite révolution juridique qui vaut le détour. Mais pour relativiser cette « révolution », des éclairages extérieurs, tirés d'autres traditions juridiques, se sont avérés indispensables. Notre choix s'est porté sur la famille du droit anglo-américain, étant donné que l'approche du formalisme contractuel y est traditionnellement réputée plus souple et que le développement des TIC y a suscité des questionnements différents. Cette analyse comparée offre ainsi des visions juridiques différentes, qui ont été prises en considération dans la recherche de solutions communes au niveau international. Elle permet également de vérifier l'impact du principe sur la régulation des TIC au niveau national. Nous analysons ainsi les législations belges et françaises, les lois fédérales américaines ainsi que les lois anglaises adoptées autour des années 2000. L'intérêt est de montrer que la mise en œuvre du principe d'équivalence fonctionnelle dans l'adaptation du formalisme contractuel peut être différente non seulement d'un système juridique à l'autre, mais également au sein de la même famille juridique. Ensuite, ces textes illustrent abondamment notre analyse en vue d'élaborer une théorie des équivalents fonctionnels.

Outre cette approche comparatiste, un détour par le droit commercial international est également indispensable, non seulement pour comprendre les origines du principe, mais également sa consécration et son développement sur la scène internationale. Le droit européen est également situé, en marge de cette approche fonctionnelle.

Enfin, notre étude se nourrit d'influences diverses en dehors du droit, en particulier au moment de construire une méthodologie fonctionnelle. Nous reviendrons sur ces choix au moment opportun, mais signalons d'emblée l'influence des sciences de l'information et de l'archivistique sur notre approche du formalisme documentaire. Sur le plan conceptuel, certaines études du fonctionnalisme en philosophie des sciences ont énormément éclairé notre réflexion. Enfin, de manière plus pragmatique et inattendue, les techniques d'analyse de la valeur pratiquées en ingénierie ont croisé notre chemin, pour des raisons qui seront exposées ultérieurement.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE I. GENÈSE ET HISTOIRE D'UN PRINCIPE.....	7
TITRE I. CONTEXTE ET ORIGINES HISTORIQUES DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE ...	11
Chapitre 1. Une approche fonctionnelle tenue en droit franco-belge et anglo-américain	11
<i>Section 1. Rigidité du formalisme contractuel belge et français</i>	<i>12</i>
§ 1. <i>L'ampleur du formalisme contractuel classique</i>	<i>12</i>
A. Un formalisme sans équipollents.....	12
B. Un formalisme contourné en matière probatoire	15
C. Un formalisme croissant	17
D. Un formalisme questionné par les TIC	22
§ 2. <i>Le droit de la preuve à l'avant-plan : le fond avant la forme</i>	<i>23</i>
A. Les échappatoires.....	24
B. La notion intermédiaire de copie fidèle et durable	27
C. Les partisans d'une véritable reconnaissance des TIC	29
§ 3. <i>Des exigences de forme à assouplir</i>	<i>31</i>
A. La notion d'écrit	32
B. La notion de signature.....	36
C. La notion d'original	41
D. Autres exigences de forme.....	43
E. L'apport du droit commercial	48
<i>Section 2. Relative souplesse du formalisme contractuel anglo-américain</i>	<i>51</i>
§ 1. <i>Un formalisme contractuel fluctuant.....</i>	<i>51</i>
§ 2. <i>La place de l'écrit électronique dans un régime de preuve testimoniale.....</i>	<i>56</i>
§ 3. <i>Des concepts relativement ouverts</i>	<i>60</i>
A. La notion d'écrit ou de document.....	60
B. La notion de signature.....	63
C. La notion d'original	65
Chapitre 2. Emergence de l'approche fonctionnelle dans le droit commercial international.....	69
<i>Section 1. La méthode fonctionnelle et l'informatisation du commerce international.....</i>	<i>69</i>
§ 1. <i>Un formalisme documentaire à son paroxysme</i>	<i>69</i>
§ 2. <i>La fièvre de la simplification.....</i>	<i>71</i>
§ 3. <i>Développement d'une méthodologie basée sur l'approche fonctionnelle.....</i>	<i>76</i>
<i>Section 2. Approche fonctionnelle des exigences de forme</i>	<i>81</i>
§ 1. <i>La notion de document (ou d'écrit)</i>	<i>82</i>
§ 2. <i>La notion de signature.....</i>	<i>84</i>
§ 3. <i>La notion d'original</i>	<i>88</i>
§ 4. <i>La conservation de documents</i>	<i>88</i>

§ 5. <i>La dématérialisation des titres négociables : le connaissance maritime...</i>	89
Conclusion du titre I	93
§ 1. <i>La mesure de l'obstacle.....</i>	93
§ 2. <i>Les origines de l'approche fonctionnelle.....</i>	97
§ 3. <i>Les outils de la réforme.....</i>	105
TITRE II. CONSECRATION DU PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE FONCTIONNELLE.....	111
Chapitre 1. L'approche « fondée sur l'équivalent fonctionnel » de la CNUDCI	111
.....	111
<i>Section 1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).....</i>	112
§ 1. <i>Le mandat de la CNUDCI.....</i>	112
§ 2. <i>Typologie des textes législatifs de la CNUDCI.....</i>	113
§ 3. <i>Composition et fonctionnement.....</i>	116
<i>Section 2. Les travaux préparatoires et le choix de l'approche fonctionnelle... 118</i>	
<i>Section 3. La loi type sur le commerce électronique de 1996.....</i>	123
§ 1. <i>Caractéristiques générales de la loi type.....</i>	123
§ 2. <i>Champ d'application de la loi type.....</i>	125
§ 3. <i>Le traitement des exigences de forme</i>	127
A. <i>Effet juridique, validité et force probante des messages de données</i>	129
B. <i>La notion d'écrit</i>	130
C. <i>La notion de signature</i>	131
D. <i>La notion d'original.....</i>	132
E. <i>L'archivage et la conservation des données</i>	135
F. <i>Les documents du transport international</i>	135
§ 4. <i>L'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel dans la loi type.....</i>	137
Chapitre 2. La propagation du principe d'équivalence fonctionnelle.....	145
<i>Section 1. Le développement du principe dans les travaux ultérieurs de la CNUDCI.....</i>	145
§ 1. <i>La loi type sur les signatures électroniques de 2001</i>	145
§ 2. <i>La Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005</i>	148
A. <i>Les origines du texte.....</i>	148
B. <i>Champ d'application.....</i>	150
C. <i>Principes fondamentaux</i>	152
D. <i>Traitement des exigences de forme</i>	153
§ 3. <i>Les étapes ultérieures.....</i>	155
<i>Section 2. Les travaux européens, indifférents à l'approche fonctionnelle.....</i>	158
§ 1. <i>La directive sur les signatures électroniques.....</i>	158
§ 2. <i>La directive sur le commerce électronique</i>	164
§ 3. <i>Un concept typiquement européen pour les TIC : le « support durable ». 166</i>	
§ 4. <i>Quid d'une ratification européenne de la Convention de la CNUDCI sur les communications électroniques dans les contrats internationaux ?</i>	173
<i>Section 3. Les approches fonctionnelles au niveau national.....</i>	175
§ 1. <i>Les principales législations concernées et leur filiation avec le principe d'équivalence fonctionnelle.....</i>	176
§ 2. <i>Les principes consacrés dans la loi.....</i>	182
A. <i>Le principe de non-discrimination</i>	182
B. <i>Le principe d'équivalence fonctionnelle comme règle générale de droit positif.....</i>	183

§ 3. <i>Traitement des exigences de forme</i>	184
A. L'exigence d'un écrit.....	184
B. L'exigence d'une signature.....	193
C. L'exigence d'un original.....	203
D. Autres exigences de forme.....	204
§ 4. <i>Des approches hétéroclites</i>	208
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	213
PARTIE II. ÉLÉMENTS POUR UNE THÉORIE DES ÉQUIVALENTS FONCTIONNELS	217
TITRE I. FONDEMENTS CRITIQUES DU PRINCIPE D'EQUIVALENCE FONCTIONNELLE	219
Chapitre 1. Origines conceptuelles du principe d'équivalence fonctionnelle	219
Section 1. Le postulat d'équivalence entre analogique et numérique.....	219
§ 1. <i>Origine et propagation du postulat</i>	221
§ 2. <i>Un choix de politique juridique</i>	224
A. Changer les mentalités.....	224
B. Développer la société de l'information.....	226
§ 3. <i>L'équivalence des effets de la régulation</i>	227
§ 4. <i>La mise en œuvre du postulat d'équivalence</i>	228
A. Les méthodes d'interprétation par équivalence	228
B. Les méthodes de régulation par équivalence	229
C. L'équivalence fonctionnelle : un postulat ou une méthode ?	233
§ 5. <i>Le postulat d'équivalence comme idée régulatrice</i>	235
Section 2. Le principe de neutralité technologique.....	238
§ 1. <i>Ce qui ne relève pas du principe de neutralité technologique</i>	240
§ 2. <i>Origines et propagation du principe</i>	241
§ 3. <i>Un choix de politique juridique</i>	245
A. Deux ordres d'objectifs.....	245
a) Objectifs socio-économiques.....	245
b) Objectif légistique	248
B. Les deux dimensions du principe.....	248
§ 4. <i>Le principe de non-discrimination technologique ou la neutralité des effets de la régulation</i>	250
A. Les recommandations sous-jacentes au principe de non-discrimination technologique	251
a) Non-discrimination à l'égard des TIC.....	251
b) Non-discrimination entre TIC	254
c) Le principe d'équivalence fonctionnelle face au principe de non-discrimination technologique	256
B. La possibilité d'une différence de traitement.....	257
a) Traitement différent à l'égard des TIC.....	257
b) Traitement différent entre TIC	261
§ 5. <i>La mise en œuvre du principe de non-discrimination technologique</i>	264
A. La neutralité terminologique ou neutralité technologique formelle	264
a) Terminologie neutre visant les procédés électroniques et non- électroniques.....	266
b) Terminologie neutre visant l'ensemble des procédés électroniques	268
c) Neutralité terminologique et approche fonctionnelle	274
B. L'approche techno-spécifique.....	275
C. L'approche hybride ou la neutralité technologique graduelle	278

a) Objectifs du législateur à travers l’instauration d’un régime hybride...	279
b) Articulation des niveaux de l’approche hybride	280
c) Appréciation critique.....	287
§ 6. <i>Propos de synthèse : la relativité de la neutralité technologique</i>	289
Conclusion du chapitre 1	294
§ 1. <i>La nature et l’interaction des principes</i>	294
§ 2. <i>Les objectifs poursuivis</i>	295
§ 3. <i>Les effets escomptés</i>	296
§ 4. <i>Les modes de mise en œuvre</i>	297
Chapitre 2. Appréciation critique du principe d’équivalence fonctionnelle.....	301
Section 1. Pertinence de l’équivalence fonctionnelle sur le plan des principes	302
§ 1. <i>Équivalence vs Différence</i>	302
§ 2. <i>Équivalence fonctionnelle vs Sécurité juridique</i>	305
A. L’importance de l’argument de sécurité juridique	306
B. Axe temporel : équivalence fonctionnelle et stabilité de la loi.....	310
a) La continuité.....	310
b) La pérennité	313
c) La prévisibilité	315
C. Axe formel : équivalence fonctionnelle et qualité de la loi.....	316
a) La cohérence	316
b) La clarté	319
c) La précision.....	320
D. Critique de l’argument de sécurité juridique.....	326
§ 3. <i>Bilan</i>	329
Section 2. Pertinence du principe d’équivalence fonctionnelle au regard de ses résultats.....	331
§ 1. <i>Équivalence et harmonisation</i>	331
A. Deux objectifs d’harmonisation distincts.....	331
B. Décalage entre les objectifs d’harmonisation et les résultats atteints.....	333
§ 2. <i>Équivalence vs Éclectisme</i>	335
A. Intensité de l’harmonisation envisagée au niveau international.....	335
B. Forme de l’harmonisation envisagée au niveau international	338
a) Vers un métalangage juridique.....	339
b) Une méthode de référence	340
C. Nécessité d’une méthode de référence en droit interne	342
§ 3. <i>Équivalence vs Conséquences</i>	345
A. Obstacles à l’équivalence des effets juridiques.....	345
a) Manque de cohérence interne du formalisme contractuel.....	345
b) Problème d’équilibre des intérêts.....	352
c) Problème de catégorisation	353
B. Obstacles à l’équivalence des effets socio-économiques	354
Conclusion du titre I	359
§ 1. <i>Limites du principe d’équivalence fonctionnelle</i>	360
a) Limites contextuelles	360
b) Limites relatives au principe.....	361
§ 2. <i>Conditions d’efficacité du principe d’équivalence fonctionnelle</i>	362
a) Conditions externes au principe	362
b) Conditions relatives au principe.....	364

TITRE II. THEORIE FONCTIONNALISTE DU PRINCIPE D'EQUIVALENCE.....	365
Chapitre 1. Méthodologie de l'analyse fonctionnelle	365
Section 1. Champ de l'analyse	366
§ 1. Nature herméneutique de l'analyse fonctionnelle.....	366
§ 2. Objet de l'analyse fonctionnelle.....	367
§ 3. Scénarios envisagés pour la réglementation.....	370
§ 4. Destinataires de la méthode fonctionnelle	371
§ 5. Construction interdisciplinaire de la méthode	374
Section 2. Identification des fonctions des exigences de forme.....	378
§ 1. Le critère de sélection des fonctions ou la dimension téléologique de l'analyse fonctionnelle.....	378
A. Fonctions primaires des exigences de forme	379
B. Des fonctions aux objectifs.....	387
§ 2. Le critère d'équivalence fonctionnelle ou la dimension analogique de l'analyse fonctionnelle.....	395
A. Portée et formulation de la règle d'équivalence	395
B. Portée et formulation des fonctions	396
Conclusion du chapitre 1	404
Chapitre 2. Mise en œuvre de la théorie des équivalents fonctionnels	407
Section 1. Identification des objectifs poursuivis à travers le formalisme contractuel	407
Section 2. Sélection des fonctions des exigences de forme à l'aune des objectifs poursuivis.....	410
§ 1. Les fonctions de l'exigence d'un écrit.....	410
A. La lisibilité de l'écrit comme fonction de base.....	411
B. L'accessibilité ultérieure du contenu de l'écrit.....	414
C. L'intégrité de l'écrit	420
§ 2. Les fonctions de l'exigence d'information	430
A. Les fonctions de clarté et d'emphase.....	430
B. Les limites de l'équivalence : un formalisme d'information spécifique en ligne ?	432
§ 3. Les fonctions de l'exigence d'une signature.....	437
A. Les deux fonctions traditionnelles de la signature : identification et approbation	437
B. La fonction d'intégrité ou le transfert de fonction	440
Conclusion du chapitre 2	443
Conclusion du titre II	447
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	449
BIBLIOGRAPHIE	457
TABLE DES MATIERES	479