

**Loi fédérale
sur la signature électronique (LFSéI)
(procédure de consultation)**

Rapport explicatif

Janvier 2001

Table des matières

| | |
|---|----|
| Résumé | 5 |
| 1 <i>Partie générale</i> | 7 |
| 11 <i>Situation initiale</i> | 7 |
| 12 <i>Droit en vigueur</i> | 7 |
| 121 <i>Liberté de la forme</i> | 7 |
| 122 <i>Exceptions</i> | 8 |
| 123 <i>Forme écrite</i> | 9 |
| 13 <i>Lacunes du droit en vigueur</i> | 9 |
| 131 <i>Défaut de reconnaissance de la signature électronique</i> | 9 |
| 132 <i>Responsabilité liée à la signature électronique</i> | 10 |
| 14 <i>Traits généraux du projet soumis à la consultation</i> | 10 |
| 141 <i>Du point de vue formel</i> | 10 |
| 142 <i>Du point de vue matériel</i> | 10 |
| 142.1 <i>Base légale pour la reconnaissance des fournisseurs de services de certification</i> | 10 |
| 142.2 <i>Assimilation de la signature électronique à la signature manuscrite</i> | 11 |
| 142.3 <i>La communication électronique dans le domaine des registres</i> | 12 |
| 15 <i>Aperçu</i> | 13 |
| 2 <i>Partie spéciale</i> | 14 |
| 21 <i>Loi fédérale sur la signature électronique</i> | 14 |
| 210.01 <i>Section 1</i> | 14 |
| 210.011 <i>Article 1</i> | 14 |
| 210.012 <i>Article 2</i> | 14 |
| 210.013 <i>Article 3</i> | 15 |
| 210.02 <i>Section 2</i> | 15 |
| 210.021 <i>Article 4</i> | 15 |
| 210.022 <i>Article 5</i> | 16 |
| 210.023 <i>Article 6</i> | 17 |
| 210.03 <i>Section 3</i> | 17 |
| Article 7 | 17 |
| 210.04 <i>Section 4; article 8</i> | 17 |
| 210.05 <i>Section 5</i> | 18 |

| | | |
|---------|---|----|
| 210.051 | Article 9..... | 18 |
| 210.052 | Article 10..... | 18 |
| 210.053 | Article 11..... | 18 |
| 210.054 | Article 12..... | 19 |
| 210.055 | Article 13..... | 19 |
| 210.056 | Article 14..... | 19 |
| 210.06 | Section 6; article 15..... | 20 |
| 210.07 | Section 7..... | 20 |
| 210.071 | Article 16..... | 20 |
| 210.072 | Article 17..... | 20 |
| 210.073 | Article 18..... | 22 |
| 210.074 | Article 19..... | 23 |
| 210.08 | Section 8; article 20..... | 23 |
| 210.09 | Section 9; article 21..... | 24 |
| 210.10 | Section 10; article 22..... | 24 |
| 210.11 | Section 11..... | 25 |
| 210.111 | Article 23..... | 25 |
| 210.112 | Article 24..... | 25 |
| 22 | Révision du code civil..... | 25 |
| 221 | Article 942 alinéa 3 (nouveau)..... | 25 |
| 222 | Article 949a..... | 25 |
| 223 | Article 963 alinéa 1, 964 alinéa 1 et 977 alinéa 1..... | 26 |
| 23 | Révision du code des obligations..... | 26 |
| 231 | Article 15a (nouveau)..... | 26 |
| 232 | Article 929a (nouveau)..... | 27 |
| 233 | Article 931 alinéa 2 ^{bis} (nouveau)..... | 29 |
| 24 | Loi sur la protection des marques, loi sur les brevets et loi sur les topographies..... | 29 |
| 3 | Conséquences financières et effets sur l'état du personnel et sur l'économie nationale..... | 29 |
| 31 | Conséquences financières et effets sur l'état du personnel..... | 29 |
| 32 | Effets sur l'économie nationale..... | 30 |
| 4 | Programme de la législature..... | 30 |

| | | |
|----|--|----|
| 5 | <i>Relation avec le droit européen</i> | 30 |
| 6 | <i>Fondements juridiques</i> | 30 |
| 61 | <i>Constitutionnalité</i> | 30 |
| 62 | <i>Délégation de compétences d'exécution</i> | 31 |

Résumé

Le 1er mai 2000, l'ordonnance du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (ordonnance sur les services de certification, OSCert; RS 784.103) est entrée en vigueur. Lors de son adoption, le Conseil fédéral a annoncé qu'il soumettrait prochainement au Parlement un projet de loi prévoyant la reconnaissance de la signature électronique (digitale) dans les relations de droit privé en particulier. C'est ce que réalise la loi fédérale sur la signature électronique, qui remplace l'ordonnance sur les services de certification (conçue comme une ordonnance expérimentale limitée dans le temps; art. 21 al. 2 OSCert).

Le droit suisse des contrats est fondé sur le principe de la liberté contractuelle. Celle-ci trouve son expression notamment dans la liberté de la forme (art. 11 al. 1 CO). Un contrat peut donc être conclu en règle générale oralement ou par la voie électronique, par exemple par courrier électronique ou par une réponse à une offre en ligne faite sur un réseau de transmission de données comme Internet. Par contre, les contrats soumis à une exigence de forme - ce qui est exceptionnel en droit suisse - ne peuvent pas être conclus par la voie électronique, étant donné qu'ils doivent être signés à la main (art. 14 al. 1 CO). Cette situation va changer grâce à l'adoption d'un nouvel article dans le code des obligations (art. 15a P-CO), en vertu duquel, à l'avenir, tous les contrats devant être passés en la forme écrite pourront être également conclus par la voie électronique. A cet effet, ils devront être signés électroniquement par le débiteur. En proposant l'équivalence entre les signatures électronique et manuscrite, le Conseil fédéral donne suite à plusieurs interventions parlementaires, en particulier les motions Spoerry (94.3178), Valeur légale des signatures électroniques. Modification de l'art. 14 CO (BO CN 1994 1883), et Leumann (99.3288), Signature électronique (BO CE 1999 819 s.), transmises comme postulats.

La loi fédérale sur la signature électronique reprend pour l'essentiel le contenu de l'ordonnance sur les services de certification. Seule la question de la responsabilité fait exception. L'ordonnance sur les services de certification ne pouvait prévoir de règles sur la responsabilité qui s'écartent du code des obligations. L'adoption d'une loi fédérale le permet. Par conséquent, la loi fédérale sur la signature électronique prévoit que le titulaire d'une signature électronique doit réparer les conséquences d'un usage abusif de cette signature, s'il peut en être tenu pour responsable (art. 17 al. 2 et 3). De même, s'il affirme que la signature électronique a été utilisée sans son consentement, il doit en apporter la preuve (art. 17 al. 1). Par ailleurs, le fournisseur de services de certification répond des qualités exigées par la loi concernant la signature électronique (art. 18). La loi fédérale sur la signature électronique instaure ainsi les conditions optimales aptes à garantir la sécurité des actes juridiques effectués par la voie électronique.

Le projet traite essentiellement des questions de droit privé. S'agissant de la communication électronique avec les autorités (cyberadministration), il se limite à régler la simple transmission électronique de données, notamment avec le registres du

commerce (art. 929a P-CO). Les autres questions, comme par exemple l'acceptation du dépôt d'un mémoire ou de la notification d'une décision par la voie électronique, seront réglées dans d'autres lois.

1 Partie générale

11 Situation initiale

Le 12 avril 2000, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les services de certification électronique (ordonnance sur les services de certification, OSCert; RS 784.103). Selon l'article 1 alinéa 2, l'ordonnance vise à promouvoir la fourniture de services de certification sûrs à un large public, à encourager l'utilisation et la reconnaissance juridique des signatures numériques et à permettre la reconnaissance internationale des fournisseurs de services de certification et de leurs prestations.

Le Conseil fédéral est conscient du fait que les buts mentionnés à l'article 1 alinéa 2 OSCert ne peuvent être atteints par la seule reconnaissance facultative par l'Etat des fournisseurs de services de certification. Il est également nécessaire que le service fourni, la signature électronique, soit reconnue dans les relations de droit privé. Le Conseil fédéral a de ce fait annoncé, lors de l'adoption de l'ordonnance sur les services de certification, la préparation immédiate d'un projet de loi.

12 Droit en vigueur

121 Liberté de la forme

Le droit en vigueur se fonde sur la liberté contractuelle. Celle-ci trouve entre autres son expression dans la liberté de la forme, c'est-à-dire dans la possibilité de s'obliger par contrat sans devoir respecter une forme particulière (art. 11 al. 1 CO) ou en décidant soi-même de la forme nécessaire à la conclusion du contrat (art. 16 CO). En principe donc, même les contrats conclus oralement ou par la voie électronique bénéficient de la protection de la loi, lorsque l'accord nécessaire à la perfection du contrat est donné (art. 1 al. 1 CO).

La liberté de la forme a son pendant en droit de la procédure. Lorsque le droit fédéral ne prévoit pas de forme particulière pour un engagement juridique, le droit cantonal ne peut faire dépendre d'une forme particulière la preuve de cet engagement (art. 10 CC). Ainsi, contrairement à certains ordres juridiques étrangers, les documents électroniques, par exemple ceux qui contiennent le texte d'un contrat conclu, sont en principe admis à la preuve¹. La sauvegarde sur un support de données est même protégée pénalement, dans la mesure où elle vise le même but que la forme écrite (art. 110 ch. 5 CP). Seule la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) privilégie la forme écrite traditionnelle. L'article 82 alinéa 1 LP ne permet la mainlevée provisoire qu'en présence d'une reconnaissance de dette signée.

De même, la correspondance et les pièces comptables peuvent être conservées sous forme électronique (art. 962 al. 2 CO). Après l'entrée en vigueur des disposi-

¹ Selon une enquête menée par HELMUT RÜSSMANN, *The Challenge of the Information Society: The Application of Modern Technologies in Civil Litigation and other Procedures*, ch. 5.2 (<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/grotius/english/Reports/schweiz.htm>), ce ne serait pas le cas dans les cantons de Berne, de Fribourg, de Neuchâtel, de Soleure, du Valais et de Zoug.

tions sur la comptabilité commerciale, cette règle vaudra aussi pour la conservation des livres. Ces documents électroniques ont la même valeur probante que ceux qui sont lisibles directement (art. 957 al. 4 CO). Seuls le compte d'exploitation et le bilan devront encore être conservés par écrit (art. 962 al. 2 CO).

122 Exceptions

Exceptionnellement, la loi déroge au principe de la liberté de la forme. Diverses raisons jouent un rôle à cet égard (voir Signature électronique et droit privé, Avis de l'Office fédéral de la justice, JAAC 63.46, accessible aussi sous <<http://www.vpb.admin.ch/franz/doc/63/63.46.html>>). Le plus souvent, il s'agit pour le législateur de protéger le débiteur contre un engagement contractuel précipité (protection contre les décisions irréfléchies). Le cautionnement nécessite par exemple une déclaration écrite de la caution (art. 493 al. 1 CO) et même - dans les cas où la caution est une personne physique et le montant de la caution dépasse 2000 francs - la forme authentique (art. 493 al. 2 CO). La préservation d'une pièce justificative en vue d'une inscription ultérieure dans un registre joue aussi souvent un rôle dans la formulation d'exigences de forme. Ainsi, les inscriptions au registre du commerce et au registre foncier - en plus de la réquisition (écrite) - sont pratiquement toujours fondées sur un document fait en la forme authentique. Nous mentionnerons dans ce contexte la modification des statuts d'une société anonyme (art. 647 al. 1 CO) et la conclusion d'une vente d'immeubles (art. 216 al. 1 CO). En cas de cession, la forme écrite satisfait aussi aux exigences de publicité et de sécurité juridique. L'acte de disposition y relatif nécessite la forme écrite (art. 165 al. 1 CO), alors que l'acte générateur d'obligation (*pactum de cedendo*) ne requiert pas de forme particulière (art. 165 al. 2 CO).

Dans d'autres cas, la loi recourt à la forme écrite car le consommateur doit être informé sous une forme qualifiée de son engagement ou de la situation juridique. Ainsi, par exemple, le client qui conclut un contrat de démarchage doit être informé par écrit de son droit de révocation ainsi que de la forme et du délai à observer pour le faire valoir (art. 40d al. 1 CO). Pour des raisons similaires, la loi exige parfois l'utilisation d'une formule agréée par le canton; tel est le cas de l'avis d'augmentation de loyer (art. 269d al. 1 CO).

L'exigence de la forme écrite peut enfin avoir simplement pour but de rendre attentif à des difficultés de preuve ou de préserver un moyen de preuve. L'article 260a alinéa 1 CO exige ainsi le consentement écrit du bailleur en cas de rénovation ou de modification de la chose par le locataire, étant entendu que le locataire pourrait y procéder aussi en vertu d'un contrat d'entreprise conclu avec le bailleur, qui ne nécessite aucune forme (art. 363 ss CO). L'article 226c alinéa 1 CO, qui prévoit que l'acheteur peut déclarer par écrit au vendeur qu'il renonce à la conclusion du contrat de vente par acomptes, n'est par contre pas à considérer comme une prescription d'ordre mais bien comme posant une condition de validité du contrat (ATF 108 II 296 ss).

123 Forme écrite

Selon l'article 13 alinéa 1 CO, le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. La signature doit être écrite à la main (art. 14 al. 1 CO). La loi ne prévoit d'exception que si la signature procède de quelque moyen mécanique dans les affaires où elle est admise par l'usage (art. 14 al. 2 CO).

Le Tribunal fédéral n'a eu jusqu'à présent que peu d'occasions de dégager dans sa jurisprudence le sens de ces principes, datant en partie du 19^{ème} siècle, pour le commerce électronique et de les y appliquer. En regard du droit de procédure, il s'est tenu de manière stricte à la notion traditionnelle de la forme écrite et s'est ainsi rallié à la position d'un Département fédéral qui n'est pas entré en matière sur un recours au motif qu'il lui avait été transmis par télécopieur (ATF 121 II 252 ss). Le Tribunal fédéral est tout aussi peu prêt à entrer en matière s'agissant d'un mémoire sur lequel n'est apposée que la photocopie de la signature (ATF 112 la 173 ss).

Plus difficile à appréhender est la position du Tribunal fédéral en regard du droit de fond. En 1986, il refusa catégoriquement le caractère de forme écrite à des déclarations faites par télex (ATF 112 II 326 ss). Inversement, il cite dans un sens favorable, dans un *obiter dictum* de 1995, la doctrine qui admet que la télécopie satisfait aux exigences de la forme écrite (ATF 121 II 253 ss, consid. 3). Le Tribunal fédéral n'a pas pris position jusqu'à aujourd'hui sur la question des exigences quant à la forme écrite, lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la conclusion du contrat, mais vise simplement l'information (qualifiée) de l'autre partie au contrat. Si l'on suit la lettre et l'esprit de l'article 13 alinéa 1 CO, il n'y a pas de raison d'exiger dans ces cas une signature manuscrite. Le principal obstacle à la communication d'informations par la voie électronique n'existe ainsi pas.

L'adaptation des exigences quant à la forme écrite a aussi eu lieu dans la législation. Ainsi, la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors, LFors; RO 2000 2355) - qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 - exige que les conventions d'élection de for soient conclues par écrit (art. 9 al. 2). A la forme écrite sont cependant assimilées toutes les formes de communication dont la preuve peut être établie sous forme de texte, et en particulier le télex, la télécopie et le courrier électronique.

13 Lacunes du droit en vigueur

131 Défaut de reconnaissance de la signature électronique

Avec la signature électronique, on dispose aujourd'hui d'un procédé technique qui permet de déterminer l'origine d'un document électronique (authenticité). On peut de même vérifier que le document est resté inchangé (intégrité). La sécurité que garantit ce procédé dépasse celle des déclarations écrites traditionnelles, signées à la main et envoyées par la poste. Le code des obligations n'a pas pris acte de ce développement technologique intervenu ces dernières années. Il empêche donc la conclusion des contrats ou les déclarations de volonté pour lesquels la loi exige la forme

écrite. Le fait qu'il s'agisse là de cas rares ne change en rien à l'anachronisme de la solution légale actuelle.

132 Responsabilité liée à la signature électronique

Le fait que la signature électronique ne soit pas reconnue touche aussi les cas où il en est fait un usage indu. Cela peut être fatal pour le développement du commerce électronique. Aucun fournisseur ne peut se permettre - du moins à long terme - de se fier à la conclusion d'un contrat par la voie électronique alors qu'il ne sait pas qui se trouve à l'autre bout. Là où cela n'est pas possible par la nature des choses, il doit au moins avoir la certitude que le titulaire de la signature électronique et l'émetteur d'un certificat public (le fournisseur de services de certification) répondent de leurs fautes éventuelles. Cette garantie ne lui est pas offerte dans le droit actuel: c'est donc le fournisseur qui supporte pour l'essentiel le risque des dépenses faites sur la base de la relation contractuelle supposée. Il se trouve dans la situation ingrate de celui qui conclut un contrat avec un représentant supposé (*falsus procurator*), croyant à l'existence de pouvoirs de représentation (art. 38 s. CO).

14 Traits généraux du projet soumis à la consultation

141 Du point de vue formel

La loi fédérale sur la signature électronique (LFSél) remplace l'ordonnance sur les services de certification. Cette dernière reste valide jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi en la matière, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009 (art. 21 al. 1 OSCert).

142 Du point de vue matériel

142.1 Base légale pour la reconnaissance des fournisseurs de services de certification

L'adoption de la loi fédérale sur la signature électronique donne une base légale claire à la reconnaissance des fournisseurs de services de certification. Les solutions consacrées dans la loi priment les autres lois fédérales, le code des obligations en particulier. Cela vaut spécialement pour les questions de la responsabilité du titulaire d'une clé privée de signature et du fournisseur de services de certification (art. 15 ss LFSél).

Pour le reste, la loi fédérale sur la signature électronique correspond pour l'essentiel à l'ordonnance actuellement en vigueur. Pour des explications, l'on peut donc se référer au commentaire de l'Office fédéral de la communication, qui est aussi à disposition sous <<http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/265/1290>>. Les modifications par rapport à l'ordonnance seront exposées dans la partie spéciale (voir ch. 21).

142.2 Assimilation de la signature électronique à la signature manuscrite

La loi fédérale sur la signature électronique pose l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature électronique. Ce but est atteint par un nouvel article 15a P-CO. La notion et le contenu de la signature électronique sont définis dans la loi fédérale sur la signature électronique. Le projet renonce à poser des exceptions. Munie d'une signature électronique, toute déclaration de volonté pour laquelle j une signature manuscrite était jusqu'alors exigée pourra être transmise par voie électronique. La condition en est que le destinataire de la déclaration de volonté ait la possibilité de la recevoir. Le projet va ainsi consciemment au-delà des exigences du droit européen (voir art. 9 al. 2 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOCE L 178 du 17.7.2000, p. 1 ss). Par exemple, un contrat de crédit à la consommation pourra aussi être conclu électroniquement (voir art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 8 octobre 1993 sur le crédit à la consommation [LCC; RS 221.214.1]). Les parties au contrat, et le preneur du crédit en particulier, doivent être toutefois en mesure de signer numériquement le document électronique. Cela implique évidemment que le preneur dispose d'une clé privée et qu'il a déclaré être prêt à contracter par la voie électronique. Celui qui envoie par exemple une offre par courrier électronique ne peut se défendre, au cas où il recevrait une acceptation, par l'argument qu'elle lui serait parvenue par voie électronique et que par conséquent il ne devait pas en prendre connaissance (art. 2 al. 1 CC). Le projet renonce pour le reste à préciser le moment de l'envoi ou de la réception d'une déclaration de volonté dans le commerce électronique. Aussi, à cet égard, la *théorie de la réception* reste valable (art. 3 al. 2, art. 5 al. 2 et 3 CO). Il revient à la pratique de concrétiser ce principe en fonction des besoins et des développements du commerce électronique.

La signature électronique ne remplace en principe que la signature manuscrite liée au support papier. La forme authentique n'est pas touchée (art. 55 Tit. fin. CC). Il va aussi de soi que le droit des papiers-valeurs est conçu pour des obligations matérialisées, c'est-à-dire incorporées à un support papier (art. 965 ss CO). Le droit des papiers-valeurs ne s'applique donc pas à des obligations contractées par le débiteur au moyen d'une signature électronique. Les principes applicables en matière de cession (art. 164 ss CO) restent valables. Cela vaut aussi lorsque la créance signée électroniquement est "incorporée" à une disquette. La possibilité de copier (à volonté) les données en question exclut l'assimilation d'une disquette à un papier-valeur.

Si la loi exige l'utilisation d'un formulaire, comme par exemple lors de la communication d'une augmentation de loyer (art. 269d al. 1 CO), il revient au canton de décider s'il veut mettre ce formulaire à disposition sous forme électronique aussi. Le droit fédéral ne s'y oppose pas ni ne force les cantons à le faire.

Lorsque la loi renonce déjà aujourd'hui à la signature manuscrite - malgré l'utilisation de la notion d'écrit -, il faudra suivre cette solution large également à l'avenir. L'on se réfère par là avant tout à l'article 14 alinéa 2 CO, qui admet la reproduction de l'écrit

ture manuelle par un procédé mécanique, lorsque cela est admis par l'usage. Mais il faut aussi penser à des évolutions plus récentes, par exemple à l'article 9 de la loi fédérale sur les fors (voir ch. 123).

Il appartiendra à la jurisprudence de mettre en évidence les cas où le législateur parle de forme écrite mais sans exiger de signature manuscrite. La jurisprudence devra aussi établir pour ces cas les conditions auxquelles ces déclarations pourront également être transmises par la voie électronique. On peut mentionner à cet égard la copie du contrat de crédit à la consommation à laquelle le preneur de crédit a droit (art. 8 al. 1 LCC), ou la police d'assurance qu'il faut remettre au preneur d'assurance (art. 11 al. 1 de la loi fédérale du 2 avril 1909 sur le contrat d'assurance [LCA; RS 221.229.1]). Le projet renonce à créer une notion propre à ces cas de "forme écrite", contrairement à l'Allemagne, où la notion de "*Textform*" a été introduite à cet effet dans le code civil (BGB).

La solution proposée permet à la pratique de tenir compte au mieux de l'évolution technique. Celle-ci laisse prévoir qu'à l'avenir la distinction entre texte et parole perdra de plus en plus de son importance. Il faut donc s'attendre à ce que des déclarations soient faites oralement par l'expéditeur et parviennent par écrit au destinataire ou qu'elles soient faites par écrit par l'expéditeur mais qu'elles soient reçues par oral.

L'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite se répercutera aussi sur les autres lois fédérales et cantonales, dans la mesure où elles se réfèrent directement ou indirectement aux prescriptions de forme du code des obligations. On peut mentionner dans ce contexte en particulier l'article 82 LP. L'article 15a P-CO a pour conséquence que les reconnaissances de dette signées électroniquement seront aussi reconnues comme titres fondant la mainlevée provisoire.

Pour le reste, la pratique (des autorités de surveillance) devra déterminer, si une application analogue des dispositions de droit privé sur la signature électronique est possible ou non. On peut mentionner dans ce contexte l'exemple de l'intermédiaire financier qui doit - sous certaines conditions - requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique (voir art. 4 al. 1 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [loi sur le blanchiment d'argent]; LBA, RS 955.0). La situation est similaire en droit fiscal. La seule équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite n'implique pas que le citoyen pourra déposer à l'avenir sa déclaration d'impôts par la voie électronique. A l'exception des dispositions sur la comptabilité commerciale (voir ch. 121), c'est dans la législation fiscale que doivent être définies les conditions de la communication électronique avec les personnes assujetties à l'impôt.

142.3 La communication électronique dans le domaine des registres

Des modifications du code civil (art. 949a al. 2 let. b P-CC) et du code des obligations (art. 929a al. 2 P-CO) permettent communiquer électroniquement à l'avenir, tant avec le registre du commerce qu'avec le registre foncier. Cela suppose que ces registres soient tenus sous forme électronique, ce qui n'est possible que si certains

standards de qualité à définir par le Conseil fédéral sont respectés. Dans ce contexte, une attention particulière doit être portée aux questions de protection des données.

Dans le domaine du droit des brevets et du droit des marques, la communication électronique avec les autorités fait partie déjà aujourd'hui du quotidien. Cette situation se fonde actuellement sur différentes dispositions de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM; RS 232.111) et de l'ordonnance sur les brevets (OBI; RS 232.141). Pour que la communication électronique avec l'Institut fédéral pour la propriété intellectuelle et que la gestion électronique des droits protégés repose sur une loi formelle, les dispositions y relatives des ordonnances ont été reprises sous une forme plus ou moins inchangée dans la loi sur la protection des marques (LPM; RS 232.11) et la loi sur les brevets (LBI; RS 232.14). De même, la loi sur les topographies (LTo; RS 231.2) est complétée par une disposition similaire. On a renoncé par contre à une modification de la loi dans le domaine des dessins et modèles industriels, car un projet de loi sur le design, destinée à remplacer la loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI; RS 232.12) se trouve déjà devant les Chambres fédérales; pour des raisons d'efficacité, la proposition d'une disposition concernant la communication électronique avec les autorités dans ce domaine sera faite directement lors des délibérations du Parlement.

Le projet ne contient aucune proposition concernant le registre d'état civil, car le Conseil fédéral va transmettre au Parlement un projet indépendant (Infostar) prévoyant tant la tenue électronique de ce registre que la possibilité de communications électroniques.

15 Aperçu

S'agissant notamment des rapports des administrés avec les autorités (cyberadministration), le projet de loi n'apporte de manière directe que de modestes progrès (voir ch. 142.3). D'autres réformes sont donc nécessaires. En particulier, les lois qui règlent la procédure devant le Tribunal fédéral et la procédure administrative doivent être adaptées aux besoins du commerce électronique, comme proposé par le Conseil fédéral au Parlement dans un projet séparé. Cela comprend aussi l'envoi de documents sous forme électronique et - comme but ultime - la communication par la voie électronique des décisions administratives ou judiciaires. Il en va de même pour la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et pour le droit de la procédure civile. A cet égard, il faut rester attentif au fait que le passage à la communication électronique entre citoyens et autorités ne pose pas que des questions juridiques, mais demande des ressources financières et en personnel supplémentaires. On peut penser en particulier, dans ce contexte, à la tâche difficile de l'archivage sûr des documents électroniques. L'Administration fédérale des contributions doit investir massivement dans l'équipement informatique pour gérer efficacement les échanges électroniques des pièces justificatives des écritures et de la correspondance commerciale.

Il ne faut pas non plus oublier que la communication électronique ne fonde pas de nouvelle compétence fédérale. Cela est par exemple à considérer lorsqu'on examine si la forme authentique doit pouvoir être réalisée également par la voie électronique. Ce sont les cantons qui déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique (art. 55 Tit. fin. CC). La notion de document fait en la forme authentique au sens du droit fédéral n'empêche pas les cantons d'autoriser à ce qu'il soit fait sous forme électronique, pas plus que le droit fédéral ne le leur impose.

2 Partie spéciale

21 Loi fédérale sur la signature électronique

210.01 Section 1

210.011 Article 1

La loi fédérale sur la signature électronique règle les conditions auxquelles les fournisseurs de services de certification seront reconnus. La reconnaissance se fait sur une base volontaire. Ainsi, le fournisseur de services de certification qui ne s'est pas fait reconnaître ne se rend coupable d'aucune infraction s'il propose des services de certification ou s'il propose des services de certification qui ne sont pas prévus par la loi. L'obligation de qualifier correctement les services proposés demeure cependant réservée (art. 8 al. 1 let. b en rapport avec art. 22).

Le code des obligations (art. 15a P-CO) prévoit que seule la signature électronique fondée sur une paire de clés certifiées par un fournisseur de services de certification reconnu équivaut à la signature manuscrite. Seule une telle signature peut renverser le fardeau de la preuve (art. 17 al. 1). En outre, ce n'est qu'à cette condition que la loi donne une base légale à la responsabilité des fournisseurs de services de certification et à celle des titulaires de clés privées vis-à-vis des tiers qui se fient à un certificat (art. 18 et 17 al. 2 et 3). Le projet de loi et la reconnaissance des fournisseurs de services de certification revêtent dès lors une grande importance juridique et pratique.

210.012 Article 2

L'article 2 décrit le champ d'application de la loi. A l'instar de l'Ordonnance sur les services de certification (voir ch. 11), la loi ne s'applique qu'à une forme particulière de signature électronique, à savoir la signature numérique (al. 1). Il appartiendra cependant au Conseil fédéral de soumettre à la loi d'autres formes de signature électronique dans la mesure où ces signatures remplissent la même fonction que la signature numérique, fonction qui consiste dans la garantie de l'authenticité et de l'intégrité d'un document électronique (al. 2 et 3). Le projet respecte ainsi le principe de la neutralité technologique sans négliger pour autant le fait qu'aujourd'hui seule la signature numérique a atteint le niveau de développement prescrit par le droit européen pour respecter les exigences de sûreté de la signature électronique.

210.013 Article 3

L'article 3 définit les notions utilisées dans la loi. L'utilisation de la signature électronique permet à l'auteur d'un message ou d'un document électronique de prouver son identité. Le destinataire, quant à lui, peut s'assurer que le message ou le document n'ont pas été modifiés durant leur transmission. Ainsi, la signature numérique garantit l'authenticité et l'intégrité de messages et de documents électroniques. Pour la signature numérique, la seule visée par la loi, cette garantie est assurée par l'intervention de tiers de confiance (= *Trusted Third Party* [TTP]), que le projet de loi appelle fournisseurs de services de certification reconnus. Ces derniers vérifient l'identité du titulaire d'une clé privée et établissent le lien au titulaire de la clé publique correspondante dans un certificat électronique.

Contrairement à ce que prévoit l'ordonnance actuelle applicable aux fournisseurs de services de certification (voir ch. 11), les certificats électroniques basés sur la loi fédérale sur la signature électronique ne peuvent être attribués qu'à des personnes physiques. Cette restriction se fonde sur le fait que les personnes morales ne peuvent s'engager juridiquement que par l'intermédiaire d'une personne physique (un organe ou une personne à qui la représentation de la personne morale a été confiée). Un certificat qui serait attribué à une personne morale donnerait dès lors la fausse impression que cette personne dispose de la possibilité de s'engager directement, alors que le droit actuel ne le permet pas. Il en résulterait des conflits juridiques difficiles à régler. Il est important de prévenir de telles situations au vu des effets juridiques que la loi attribue aux signatures électroniques des fournisseurs de services de certification reconnus.

Il en va de même des certificats délivrés sous un pseudonyme. De tels certificats ne peuvent être tolérés que dans la mesure où la personne physique titulaire de la signature électronique peut être directement identifiée. Le désir de confidentialité du titulaire de la signature peut se comprendre sous l'angle de la protection des données, cependant il peut tout aussi bien être pris en compte d'une autre manière, en codant par exemple les données transmises.

De toutes manières, les fournisseurs de services de certification reconnus peuvent délivrer des certificats qui ne sont pas régis par la loi. Les dispositions régissant l'obligation d'utiliser la raison de commerce (art. 47 de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre foncier, ORC; RS 221.411; art. 326ter CP) doivent toutefois être respectées.

210.02 Section 2

210.021 Article 4

Les conditions préalables à la reconnaissance des fournisseurs de services de certification figurent à l'article 4 alinéa 1. Une ordonnance du Conseil fédéral concrétisera ces exigences (art. 23).

Outre les personnes physiques ou morales, les entités administratives de la Confédération, des cantons ou des communes peuvent être reconnues. Les administra-

tions peuvent ainsi - sous réserve de dispositions contraires du droit public auxquelles il convient de prêter garde - délivrer des certificats électroniques conformes à la loi pour leur propres besoins ou même offrir des services de certification électronique à des tiers.

Il va de soi que les fournisseurs de services de certification reconnus doivent être en mesure de délivrer et de gérer des certificats électroniques conformément aux exigences de la loi (let. a), de disposer de personnel compétent (let. b), de systèmes et de produits informatiques fiables (let. c) ainsi que de ressources et de garanties financières suffisantes (let. d). A cela s'ajoute l'obligation de se prémunir contre certains risques au moyen d'une assurance (let. e) et de garantir le respect du droit applicable (let. f).

Un fournisseur de services de certification doit être inscrit au Registre du commerce pour être reconnu. Cette inscription a pour conséquence que les règles sur la faillite et la comptabilité commerciale lui sont applicables. Une telle inscription n'est cependant pas requise lorsque le fournisseur de services de certification qui demande à être reconnu est établi à l'étranger (al. 2). Ce dernier doit cependant remplir les mêmes conditions pour être reconnu que celles auxquelles le fournisseur de services de certification établi en Suisse est soumis.

210.022 Article 5

La reconnaissance des fournisseurs de services de certification (*Certification Authorities, CA*) apporte la garantie que ces derniers satisfont aux exigences essentielles fixées par la loi. La reconnaissance des fournisseurs de services de certification est le fait d'organismes de certification accrédités (*Certification Bodies, CB*). Ces organismes sont à leur tour reconnus (accrédités) par l'organisme d'accréditation désigné à cet effet par le Conseil fédéral.

La reconnaissance est un acte juridique de droit privé. Elle ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). D'éventuels litiges entre les organismes de reconnaissance et les fournisseurs de services de certification reconnus ou non ne relèvent pas de la juridiction administrative et doivent être portés devant le juge civil.

Pour se faire reconnaître, le fournisseur de services de certification doit pouvoir s'adresser à un organisme de reconnaissance accrédité. Si un tel organisme n'existe pas, le Conseil fédéral peut désigner un organisme d'accréditation pour faire office d'organisme de reconnaissance (al. 2).

La loi a sciemment écarté la possibilité de permettre à un fournisseur de services de certification reconnu de reconnaître un autre fournisseur de services de certification.. La Si la solution opposée peut présenter certains avantages - un fournisseur de services de certification suisse pourrait ainsi se porter garant d'un fournisseur étranger - mais elle présente surtout des inconvénients. En effet, compte tenu de la surveillance à laquelle sont soumis les fournisseurs de services de certification (art. 15)

et de leur régime de responsabilité (art. 18 et 22), un système de reconnaissance simple et transparent s'impose.

210.023 Article 6

L'article 6 impose aux organismes de reconnaissance l'obligation d'annoncer à l'organisme d'accréditation les fournisseurs de services de certifications qu'ils ont reconnus (al. 1). Cet organisme doit pour sa part tenir à la disposition du public la liste de tous les fournisseurs de services de certification reconnus (al. 2). Cette liste se présente comme une alternative à une publication (au niveau national) des certificats de tous les fournisseurs de services de certification reconnus, ce à quoi il a été renoncé.

210.03 Section 3

Article 7

Selon l'article 7, les questions liées à l'élaboration des clés cryptographiques ainsi qu'à la création et à la vérification de la signature numérique sont réglées dans les prescriptions d'exécution (art. 23).

Lors de l'élaboration de l'ordonnance sur les services de certification, la nécessité d'édicter des dispositions sur la longueur des clés cryptographiques ainsi que sur les types d'algorithmes utilisés s'était déjà fait sentir. Ces dispositions doivent permettre d'assurer que seules des signatures électroniques considérées comme sûres tombent dans le champ d'application de la loi. Seules les signatures électroniques qui correspondent aux exigences des annexes III et IV de la Directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques obtiendront donc la reconnaissance au sens de la présente loi. Afin de garantir une fiabilité à long terme de la signature numérique, le Conseil fédéral peut exiger dans ses prescriptions d'exécution que, pour l'élaboration technique de signatures, les fournisseurs de services de certification se soumettent à un système de sécurité de qualité, système qui sera décrit en détail.

210.04 Section 4; article 8

L'article 8 détaille les indications que le certificat doit obligatoirement contenir. Ainsi que l'explique le commentaire de l'article 3, le projet ne prévoit pas la possibilité de délivrer un certificat sous un pseudonyme ou à une personne morale (voir ch. 210.013). Cela n'exclut pas que dans le cadre d'une restriction à l'utilisation du certificat (al. 1 let. c) l'on puisse, par exemple, faire savoir aux tiers que le titulaire de la signature est le représentant d'une société et qu'en cette qualité il dispose de la signature collective à deux (procuration collective; art. 460 al. 2 CO). Il va de soi que l'apparence juridique que revêt un tel certificat ne prime pas un pouvoir de représentation qui résulte du code des obligations et du registre du commerce.

210.05 Section 5

210.051 Article 9

L'activité essentielle des fournisseurs de services de certification consiste à délivrer des certificats électroniques attestant qu'une clé publique est liée à une personne ou à une entité administrative déterminées. C'est pourquoi les fournisseurs de services de certification reconnus doivent, entre autres, procéder soigneusement à l'identification des personnes qui demandent la délivrance de certificats électroniques (al. 1). En principe, ces personnes doivent se présenter personnellement auprès du fournisseur de services de certification reconnu et justifier de leur identité auprès de lui. Il appartient au Conseil fédéral d'édicter des dispositions plus détaillées relatives au devoir d'identification et de prévoir des exceptions à l'obligation de se présenter personnellement pour effectuer une demande de certificat (al. 2).

Afin de disposer, en Suisse et à l'étranger, d'un réseau étendu de bureaux d'enregistrement, l'identification des requérants de certificats électroniques est une tâche qui peut très bien être déléguée à des tiers (bureaux d'enregistrement), comme des bureaux de poste ou des succursales bancaires. Le fournisseur de services de certification reconnu reste toutefois seul responsable de l'accomplissement correct de ses obligations par ces tiers, en particulier vis-à-vis de l'organisme de certification accrédité (organisme de reconnaissance) qui l'a reconnu et qui est chargé de le surveiller (art. 18).

210.052 Article 10

Pour plus de transparence, les fournisseurs de services de certification reconnus doivent publier à la fois leurs conditions générales contractuelles et leur politique de certification (*Certification Practice Statement*; al. 1). Ils doivent en outre attirer l'attention de leurs clients sur les risques liés à la divulgation ou à la perte de la clé privée et sur les moyens permettant de limiter ou de supprimer ces risques (al. 2). Le commentaire de l'article 17 expose la nature de ces risques.

L'alinéa 3 prévoit enfin que les fournisseurs de services de certification ont l'obligation de tenir un journal des activités. Le but de cette disposition est avant tout de permettre une surveillance efficace des fournisseurs de services de certification (art. 15). Le Conseil fédéral pourra prévoir la durée de la période durant laquelle le journal des activités ainsi que ses annexes devront être conservés.

210.053 Article 11

Les conditions nécessaires à la délivrance d'un certificat doivent également être remplies tout au long de sa durée de validité. Lorsque ces conditions ne sont plus remplies, le certificat doit être annulé sans délai (al. 1). Il en va ainsi lorsque la demande d'annulation est faite par le titulaire de la signature (let. a). Les fournisseurs

de services de certification reconnus peuvent se fier à une demande d'annulation de certificat signée numériquement par son titulaire (al. 2).

Les fournisseurs de services de certification reconnus doivent annuler eux-mêmes un certificat lorsqu'il s'avère que le certificat a été délivré à tort ou qu'il n'établit plus de manière sûre le lien entre une personne et sa clé publique (al. 1 let. b et c).

Les fournisseurs de services de certification reconnus ont le droit de suspendre provisoirement un certificat lorsqu'ils ont un doute quant à l'existence de causes d'annulation (al. 3) afin d'obtenir les explications nécessaires dans les plus brefs délais. Cette disposition vise avant tout les cas de succession. La suspension d'un certificat peut durer au maximum trois jours, qu'il s'agisse de jours ouvrables ou fériés.

Les fournisseurs de services de certification reconnus informent sans délai les titulaires des certificats électroniques de leur annulation ou de leur suspension (al. 4).

210.054 Article 12

L'article 12 impose aux fournisseurs de services de certification reconnus l'obligation de tenir un annuaire public des certificats électroniques qu'ils ont délivrés (al. 1). Ils sont également obligés de tenir une liste des certificats annulés ou suspendus (al. 2). Il ressort clairement de la formulation de l'alinéa 1 que les clients n'ont aucune obligation de se faire inscrire dans l'annuaire électronique.

L'alinéa 3 prévoit le principe selon lequel l'accès (électronique) à l'annuaire public doit être garanti en tout temps et offert gratuitement, c'est-à-dire sans autres frais que ceux découlant de l'utilisation des moyens de télécommunication publics.

210.055 Article 13

Selon l'alinéa 1, les fournisseurs de services de certification reconnus doivent annoncer à l'organisme d'accréditation désigné par le Conseil fédéral la cessation de leur activité en temps utile. Une procédure de mise en faillite dirigée contre eux doit être également annoncée sans délai.

Il convient de distinguer deux situations: lorsque l'on est en présence d'une cessation d'activité volontaire, le fournisseur de services de certification doit annuler les certificats encore valables. L'organisme d'accréditation désigné par le Conseil fédéral charge alors un autre fournisseur de services de certification reconnu de reprendre les obligations légales du fournisseur ayant cessé ses activités (al. 2). Lorsque le fournisseur de services de certification tombe en faillite, le "nouveau" fournisseur de services de certification doit, en plus du respect des obligations mentionnées dans l'alinéa 2, annuler lui-même les certificats encore valables (al. 3).

210.056 Article 14

Les fournisseurs de services de certification reconnus doivent assurer la protection des données personnelles de leurs clients. L'alinéa 1 vise à fixer clairement le but de

la récolte et du traitement des données personnelles par les fournisseurs de services de certification reconnus. Il précise ainsi, dans un sens restrictif, l'article 4 alinéa 3 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1). En tant que réglementation générale, cette dernière est par ailleurs applicable (al. 2).

210.06 Section 6; article 15

Il incombe aux organismes de reconnaissance accrédités de veiller à ce que les fournisseurs de services de certification reconnus respectent en permanence les conditions de la reconnaissance, selon les règles prévues à ce sujet par le système d'accréditation (al. 1). Lorsqu'un fournisseur de services de certification ne respecte pas (ou plus) ces conditions ou lorsqu'il viole ses obligations, sa reconnaissance peut lui être retirée (al. 2).

210.07 Section 7

210.071 Article 16

Les fournisseurs de services de certification peuvent élaborer des clés cryptographiques pour leurs clients. L'alinéa 1 leur interdit cependant de conserver une copie de ces clés privées.

L'alinéa 2 rappelle le devoir du titulaire de la clé privée de la conserver de manière à prévenir son utilisation abusive par des tiers. On ne peut toutefois lui demander l'impossible. Nul n'est tenu de risquer sa vie pour préserver le secret de sa clé privée. Cependant, une perte de la clé privée peut être imputée à son titulaire si ce dernier a négligé d'annoncer immédiatement la perte au fournisseur de services de certification. Au surplus, il incombe au fournisseur de services de certification reconnu de proposer des mesures aptes à conserver le secret de la clé privée (art. 10 al. 2).

210.072 Article 17

Pour répartir correctement les risques liés aux transactions faites au moyen de signatures électroniques, il convient de déterminer à qui attribuer les déclarations de volonté qui se rapportent à une utilisation abusive de la clé privée. Concrètement, il faut se demander si un contrat a été conclu entre le titulaire de la clé privée (utilisée abusivement) et le tiers qui s'est fié au certificat, lorsque le titulaire de la clé privée n'a pas et n'aura jamais l'intention de conclure un tel contrat. Il faut répondre par la négative à cette question. Le droit suisse est basé sur le principe selon lequel le représentant ne peut lier le représenté que si ce dernier lui a accordé des pouvoirs à cet effet (art. 32 al. 1 en rapport avec art. 33 al. 2 CO). Ce n'est qu'exceptionnellement - lorsqu'il existe une procuration apparente ou fausse - que la loi s'écarte de ce principe (art. 33 al. 3 et art. 34 al. 3 CO), par exemple, lorsque dans un magasin, une personne se présente, sans l'être, comme le vendeur attitré des produits de ce commerce. Ces exceptions doivent être appliquées restrictivement. Elles ne correspondent pas à la situation de l'usage abusif d'une clé privée. Dans le cas contraire, tout

usage abusif de la clé privée en combinaison avec la clé publique créerait une obligation contractuelle à la charge du titulaire de la clé privée.

Il faut s'en tenir à ces principes du droit de la représentation qui ont fait leurs preuves. A l'avenir également, le titulaire d'une clé privée ne pourra donc être tenu responsable contractuellement que s'il y a consenti. Il convient de tenir compte d'une autre manière des besoins du commerce électronique et de ceux des tiers qui se sont fiés à un certificat.

Selon l'alinéa 1, le tiers qui s'est fié à un certificat bénéficie d'un renversement du fardeau de la preuve. Il ne doit donc pas prouver l'existence d'une procuration. C'est au titulaire de la clé privée de prouver que celle-ci a été utilisée contre sa volonté. S'il ne parvient pas à apporter cette preuve, le titulaire de la clé privée sera soumis aux mêmes règles que la personne qui aurait conclu un contrat ou qui aurait donné à un représentant le pouvoir de le faire. Par contre, l'alinéa 1 ne présume pas que l'on participe au commerce électronique. Ainsi, les annuaires tenus par les fournisseurs de services de certification reconnus ne sont pas comparables à des registres publics, qui, en général, apportent la preuve formelle des faits qu'ils constatent (art. 9 al. 1 CC).

Selon l'alinéa 2, le titulaire d'une clé privée répond envers les tiers des dommages que ces derniers ont subis parce qu'ils se sont fiés à un certificat. Le tiers doit ainsi être replacé dans la situation financière qui aurait été la sienne s'il avait compris que la clé privée avait été mal utilisée et qu'il avait renoncé à conclure le contrat (voué à l'échec). Il sera dédommagé pour les pertes subies en raison de sa confiance dans la validité du contrat, son intérêt négatif. Ainsi, le titulaire de la clé privée répond du dommage causé au tiers de la même manière que le représenté qui néglige de demander au représentant de restituer à temps sa procuration (art. 36 al. 2 CO).

Le titulaire de la clé privée n'est responsable, même s'il ne s'agit que de dédommager le tiers pour son intérêt négatif, que s'il s'est conduit de manière illicite ou fautive (al. 3). Concrètement, il faut que l'on puisse lui reprocher de ne pas avoir veillé à prendre les mesures nécessaires à la conservation du secret de sa clé privée (art. 16 al. 2). Bien entendu, le titulaire de la clé privée n'encourt aucune responsabilité si, par exemple, quelqu'un parvient à s'emparer furtivement de sa clé privée ou si le fournisseur de services de certification reconnu délivrait, sur la base d'un faux passeport, un certificat à une personne qui ne l'a pas demandé.

L'article 17 n'empêche pas le tiers lésé de réclamer des dommages-intérêts au représentant (*falsus procurator*) lorsque le prétendu représentant ne ratifie pas le contrat et que le tiers subit de ce fait un dommage (art. 38 et 39 CO).

Le régime de responsabilité de l'article 17 n'a qu'un effet indirect dans les cas où la répartition des risques concernant la signature électronique est réglée à l'avance dans le contrat, par exemple, dans le domaine des contrats portant sur des cartes de crédit et de client. Toutefois, dans ces cas, l'article 8 lettre a LCD réprime l'utilisation de conditions générales dérogeant de manière notable au régime légal applicable directement ou par analogie.

210.073 Article 18

L'article 18 prévoit une responsabilité des fournisseurs de services de certification reconnus envers le titulaire de la clé privée ainsi que vis-à-vis des tiers qui se sont fiés au certificat. Selon l'alinéa 1, cette responsabilité prend naissance au moment où le fournisseur de services de certification reconnu viole un devoir imposé par la présente loi ou par ses prescriptions d'exécution. Le fournisseur de services de certification reconnu doit dédommager le titulaire de la clé privée ainsi que les tiers pour leur dommage purement patrimonial.

Exemple 1 (responsabilité envers les tiers): En raison d'un mauvais contrôle d'identité (art. 9), le fournisseur de services de certification reconnu délivre un certificat au nom de la mauvaise personne. Se fiant à ce certificat, un tiers exécute des prestations que ni la personne qui a demandé le certificat ni le titulaire présumé du certificat ne lui paieront.

Exemple 2 (responsabilité envers le titulaire du certificat): Le fournisseur de services de certification reconnu annule un certificat en contravention de l'article 11 alinéa 2. Suite à cette annulation, un crédit est refusé au titulaire de la clé privée.

La faute du fournisseur de services de certification reconnu et de ses éventuels auxiliaires ne joue aucun rôle. Le fournisseur de services de certification reconnu est ainsi pareillement responsable si l'un de ses travailleurs était mal instruit ou si il était malade au moment où le fait dommageable s'est produit. Une faute concomitante ou propre du titulaire du certificat peut cependant donner lieu à une réduction de l'indemnité (art. 44 CO).

On ne peut réclamer de dommages-intérêts au fournisseur de services de certification reconnu pour des faits sur lesquels il n'a aucune influence. On peut penser, par exemple, à une panne d'électricité qui rend impossible la consultation *online* de l'annuaire des certificats en vigueur (art. 12 al. 1). Lorsque quelqu'un parvient à s'emparer d'une clé privée qui a pourtant été correctement élaborée selon la loi et son ordonnance, le fournisseur de services de certification reconnu n'est responsable que s'il n'a pas annulé immédiatement le certificat concerné (art. 11 al. 1 let. c). Ce risque, qui n'est ainsi pas couvert par le fournisseur de services de certification reconnu, est finalement supporté par la personne qui s'est fiée au certificat. La solution inverse transformerait la responsabilité causale proposée en une responsabilité pour risque créé, ce qui aurait pour les fournisseurs de services de certification reconnus des conséquences difficilement prévisibles et comporterait des risques qui ne pourraient guère être couverts par une assurance.

L'alinéa 2 prévoit un renversement du fardeau de la preuve. Il incombe ainsi aux fournisseurs de services de certification reconnus d'apporter la preuve qu'ils ont respecté leurs obligations découlant de la loi et de ses prescriptions d'exécution. Cette solution tient compte du fait que le client ne possède en principe que peu de connaissances du fonctionnement administratif et technique de l'émission de certificats et de l'élaboration de clés privées.

L'alinéa 3 interdit aux fournisseurs de services de certification reconnus d'exclure leur responsabilité selon la présente loi à l'égard du titulaire de la clé privée ou à l'égard de tout tiers. Toute convention ou clause contractuelle contraire sera frappée de nullité (art. 20 al. 1 CO). Cependant, une forme de limitation de la responsabilité est possible lorsque le certificat lui-même prévoit des restrictions à son utilisation (art. 8 al. 1 let. c). Ce sera le cas, par exemple, si le certificat contient une limite d'utilisation à des transactions portant sur des sommes allant jusqu'à 1000 francs; en effet, le fournisseur de services de certification reconnu "profite" également de cette limitation de responsabilité.

L'interdiction d'exclusion de responsabilité de l'article 18 ne vaut que pour les fournisseurs de services de certification reconnus. Dans les autres cas, les règles du code des obligations (art. 55, 100 et 101) ainsi que celles de la loi fédérale contre la concurrence déloyale déterminent si et à quelles conditions un fournisseur de services de certification reconnu peut exclure sa responsabilité et celle de ses auxiliaires.

210.074 Article 19

Le délai de prescription relatif des actions en dommages-intérêts prévues aux articles 17 et 18 est d'une année. La loi prévoit aussi un délai de prescription absolu de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. Ces délais sont repris du droit de la responsabilité civile (art. 60 CO). Le délai de prescription des prétentions découlant d'obligations contractuelles que le fournisseur de services de certification reconnu a contractées indépendamment de la loi fédérale sur la signature électronique demeure inchangé. Ainsi, l'action visant par exemple la mise à disposition du logiciel nécessaire au fonctionnement de la clé privée ne se prescrit - délai relatif y compris - que dans un délai de dix ans (art. 127 CO). Le délai plus court prévu dans les dispositions sur la garantie pour les défauts de la chose vendue - qui sont impératives en cas de vente à un consommateur - demeure réservé (voir l'art. 199 let. b en relation avec l'art. 210 P-CO).

210.08 Section 8; article 20

L'article 20 reprend la solution des articles 14 et 15 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51) et l'applique de manière analogique au domaine de la signature électronique. Le Conseil fédéral peut ainsi conclure des conventions internationales destinées à faciliter l'utilisation et la reconnaissance sur le plan international de la signature électronique et il peut adopter les prescriptions d'exécution nécessaires à ces tâches. Contrairement à la règle de l'article 4, il ne s'agit pas ici de la reconnaissance de fournisseurs de services étrangers individuels à travers un organisme suisse de reconnaissance mais d'une règle de compétence permettant une reconnaissance de la signature électronique au-delà des frontières entre états. Etant donné qu'il existe dans l'UE un devoir de notification pour les prescriptions concernant les services de la société de l'information à laquelle appartiennent les signatures électroniques et que l'UE peut également

octroyer des mandats d'élaboration de normes à des organismes internationaux de normalisation, l'article 20 doit, comme l'article 14 LETC, être compris dans cette perspective. L'alinéa 1 lettres f et g n'est applicable qu'aux signatures électroniques; il ne s'étend pas, comme dans l'UE, à tous les services de la société d'information.

210.09 Section 9; article 21

En vertu du principe de la libre appréciation des preuves par le juge, un document électronique comportant une signature électronique est susceptible d'être admis comme preuve en justice. (voir ch. 121). Cela vaut aussi pour le juge de la mainlevée, qui doit se prononcer sur la qualité de titre fondant la mainlevée provisoire du document (électronique) qui lui est présenté (art. 82 LP).

L'infrastructure technique et les connaissances nécessaires à l'administration d'une telle preuve font toutefois le plus souvent (encore) défaut. C'est pourquoi il apparaît utile de prévoir un service qui peut fournir à tout intéressé une attestation officielle de la conformité d'une signature électronique apposée sur un document électronique avec les exigences fixées par la présente loi (al. 1). Ce service sera assuré par l'organisme d'accréditation désigné par le Conseil fédéral contre paiement d'un émolument servant à couvrir les frais.

L'attestation se réfère à la validité d'un certificat électronique à un moment donné, mais ne garantit pas, à défaut d'enregistrement de la date et de l'heure (*time stamping*), que le document électronique lui-même a effectivement été transmis à ce moment-là.

L'attestation ne statue ni sur les droits ni sur les obligations des requérants, mais concerne uniquement l'établissement d'un fait. Elle ne constitue ainsi pas une décision au sens de l'article 5 PA.

Il n'est pas exclu que d'autres personnes ou organismes fournissent des attestations de conformité, pour peu qu'ils remplissent les conditions posées par le Conseil fédéral (al. 3).

210.10 Section 10; article 22

Selon l'alinéa 1, celui qui offre des signatures électroniques en se fondant sur la loi sans disposer de la reconnaissance requise peut être condamné à une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs. Celui qui délivre des certificats incomplets, qui ne peuvent pas déployer les effets juridiques prévus dans la loi (art. 15a P-CO et art. 17), est également passible de sanctions pénales. Ainsi, les fournisseurs reconnus de services de certification doivent par exemple déclarer que les certificats qu'il délivrent le sont en application de la présente loi (art. 8 al. 1 let. b).

L'infraction prévue à l'alinéa 1 est punissable sur plainte. La loi reprend les dispositions pénales de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (al. 2 à 4) s'agissant de la légitimation pour porter plainte pour les infractions commises dans une entreprise et pour la poursuite pénale.

210.11 Section 11

210.111 Article 23

L'article 23 charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires. Il peut à cet égard non seulement prendre en considération les normes techniques internationales, mais aussi les rendre directement applicables.

210.112 Article 24

L'article 24 comprend la clause référendaire et règle l'entrée en vigueur de la loi. Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la signature électronique, l'ordonnance sur les services de certification électronique, limitée dans le temps au 31 décembre 2009, est abrogée.

22 Révision du code civil

221 Article 942 alinéa 3 (nouveau)

Il existe déjà une base légale régissant la tenue du registre foncier par traitement électronique de données (registre foncier informatisé). Celle-ci a été introduite dans l'actuel article 949a CC, adopté lors de la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du droit des obligations (vente d'immeubles) du 4 octobre 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Cette norme, qui prévoit une délégation largement conçue, permet au Conseil fédéral d'autoriser les cantons à tenir le registre foncier par traitement électronique de données (al. 1). Elle permet également au Conseil fédéral de régler les conditions d'une telle tenue ainsi que les exigences qui lui sont liées (al. 2). En exécution de cet article de loi, l'ordonnance sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1) a été révisée et complétée le 23 novembre 1994 (voir en particulier la section XIII "Dispositions spéciales sur la tenue du registre foncier par traitement informatique", en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995).

Le principe exprimé aujourd'hui de manière implicite à l'article 949a alinéa 1 CC, principe selon lequel le registre foncier peut être tenu non seulement sur papier mais aussi par TED, figurera explicitement dans le texte de la loi. Celui-ci sera complété par les dispositions actuelles de l'ORF sur les effets juridiques. La nouvelle disposition sera introduite à l'article 942 CC (en tant que nouvel al. 3) pour des raisons d'ordre systématique.

222 Article 949a

La présente révision du code civil introduit une base légale pour la reconnaissance juridique de la signature électronique dans le domaine du registre foncier. A cet effet, la norme de délégation de l'article 949a CC a été reformulée et complétée.

L'*alinéa 1* reprend le contenu de la disposition actuelle. Aux *alinéas 2 et 3*, la norme de délégation actuelle, très générale, est remplacée par une énumération détaillée des compétences réglementaires déléguées au Conseil fédéral. Le Conseil fédéral

sera ainsi notamment compétent pour édicter les conditions auxquelles les documents signés électroniquement pourront être transmis et reconnus dans tout le domaine du registre foncier (réquisitions, pièces justificatives et extraits).

223 Article 963 alinéa 1, 964 alinéa 1 et 977 alinéa 1

Les articles 963 alinéa 1, 964 alinéa 1 et 977 alinéa 1 prévoient que les décisions concernant un immeuble nécessitent en principe l'accord écrit du propriétaire. Pour éviter toute confusion, ces articles précisent que l'équivalent électronique de la forme écrite dans ce contexte se détermine selon la règle spéciale de l'article 949a alinéa 2 lettre b P-CC.

Tant que l'exigence de forme n'est pas liée à un acte de disposition de nature réelle (art. 681b al. 2, art. 732, art. 828 al 2, 832 al. 2, 833 al. 3, art. 886, 900 al. 1 et art. 903 al. 3 CC), les règles du code des obligations sur la forme s'appliquent aussi aux relations de droit réel (art. 7 CC). Cela implique que, dans ces cas-là aussi, les exigences quant à la forme écrite ne seront respectées par la voie électronique que si le document est signé électroniquement par les personnes qui s'obligent (voir ch. 142.2).

23 Révision du code des obligations

231 Article 15a (nouveau)

Le nouvel article 15a est une des dispositions les plus importantes de la révision. Il reconnaît la signature électronique et l'assimile à la signature manuscrite traditionnelle au sens de l'article 14 CO. La condition de cette reconnaissance et des conséquences juridiques qui en découlent est que la signature électronique réponde aux exigences de la loi sur la signature électronique et - ce qui est évident - que le contrat ait été conclu par un moyen de communication électronique.

La nouvelle réglementation aura d'une part son importance dans les cas - certes pas si nombreux - où la loi prescrit la forme écrite comme condition de validité d'une déclaration de volonté - et de sa modification - (voir art. 12 CO). Par exemple, la cession d'une créance (voir art. 165 al. 1 CO) sera valable si le créancier communique sa déclaration de volonté au cessionnaire par un e-mail signé électroniquement.

Cette norme aura aussi son importance dans les cas où les parties ont réservé la forme écrite pour un contrat qui peut par ailleurs être conclu sans qu'une forme particulière ne soit respectée.

Bien entendu, la signature électronique ne peut remplacer la signature manuscrite que là où la loi exige la forme écrite simple - par exemple, la signature manuscrite sous un texte imprimé, écrit à la machine ou imprimé d'un ordinateur. La signature électronique n'entre donc pas en ligne de compte lorsque la loi exige que des indications soient écrites à la main (voir par exemple l'art. 493 al. 2 CO concernant l'indication du montant de la garantie lors d'un cautionnement par une personne physique

qui ne dépasse pas 2000 francs) ou que le document soit manuscrit (voir par exemple l'article 505 CC concernant le testament olographe).

232 Article 929a (nouveau)

Aux termes de l'article 929 alinéa 1 CO, le Conseil fédéral édicte les ordonnances relatives à l'organisation, à la tenue et à la surveillance du registre du commerce. Le nouvel *article 929a alinéa 1 P-CO* complète et précise cette norme de délégation générale. Il invite le Conseil fédéral à édicter des prescriptions concernant la tenue électronique du registre du commerce. Aujourd'hui déjà, le registre du commerce est tenu dans presque tous les cantons de manière électronique. La tenue informatisée du registre du commerce constitue une condition préalable à l'échange électronique entre les autorités du registre du commerce et les particuliers (cyberadministration). La disposition proposée permet ainsi au Conseil fédéral d'imposer aux cantons la tenue électronique du registre et d'assurer une solution suffisamment uniforme; un délai transitoire adéquat doit être prévu.

En outre, le Conseil fédéral doit pouvoir édicter des prescriptions concernant l'échange électronique des données entre les autorités du registre du commerce. Il s'agit d'une part de la transmission des données entre les divers registres du commerce cantonaux lors du transfert de siège d'un sujet de droit dans un autre arrondissement de registre. D'autre part, la disposition inclut également la transmission des données par les registres cantonaux à l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC). La transmission des données s'effectue déjà aujourd'hui, pour la plupart des cantons (env. 80 % des données transmises), par la voie électronique. Le transfert électronique de données conduit à simplifier le processus d'exploitation, car les données ne sont saisies qu'une seule fois; aucune saisie manuelle supplémentaire n'est nécessaire pour la publication des inscriptions au registre du commerce dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Le délai de publication dans la FOSC est ainsi réduit. En outre, il en résulte une réduction des coûts.

La mise sur pied d'une égalité entre la signature électronique et la signature manuscrite (art. 15a P-CO) pose la question de l'admissibilité future, par les autorités du registre du commerce, de réquisitions et de pièces justificatives signées de manière électronique. Les pièces justificatives à produire sont soumises à l'exigence de la forme écrite ou doivent revêtir la forme authentique. Elles doivent rester à disposition du sujet inscrit et des tiers durant très longtemps (jusqu'à 10 ans après la radiation du sujet au registre du commerce; voir art. 36 al. 2 ORC). C'est pourquoi leur archivage s'opère pour une durée indéterminée. Si le dépôt de pièces justificatives signées de manière électronique devient possible, il faut auparavant résoudre de nombreux problèmes relatifs notamment à l'archivage ainsi qu'à la garantie à long terme de la lisibilité et de la valeur de preuve. Si la signature électronique répond à certains standards, elle assure, au moment de son apposition, une protection accrue contre des modifications illicites d'un document électronique. Mais la protection contre la falsification diminue considérablement par l'écoulement du temps. Il n'est donc pas à exclure que, dans quelques années, des pièces justificatives électroniques

puissent être modifiées ou manipulées sans laisser de trace. Des problèmes se posent également eu égard à la possibilité de vérifier la signature électronique. Les services de certification doivent conserver les certificats électroniques durant un certain temps après leur annulation (voir art. 23 LFSél). Si la signature électronique d'une pièce justificative déposée au registre du commerce doit être examinée après l'expiration de ce délai, il n'existe plus aucun moyen d'accéder au certificat public. Des difficultés pratiques résultent également de l'informatisation plus ou moins poussée des offices du registre du commerce cantonaux et du fait que divers registres ne disposent pas encore d'un accès à Internet. Dans l'ensemble, l'admissibilité de pièces justificatives électroniques relatives au registre du commerce nécessite encore des clarifications considérables. Il paraît donc judicieux de laisser au Conseil fédéral le soin de décider quand et à quelles conditions le dépôt de réquisitions et de pièces justificatives signées de manière électronique peuvent être autorisés. En outre, une procédure uniforme sur l'ensemble du territoire suisse s'impose, dans la mesure où l'admissibilité d'une pièce justificative signée de manière électronique par quelques cantons seulement conduirait à des difficultés lors de transferts de siège dans d'autres cantons. Quant aux pièces justificatives devant revêtir la forme authentique, il convient d'ajouter que les modalités en sont déterminées par les cantons, conformément à l'article 55 du Titre final du Code civil. En conséquence, le pouvoir d'admettre ou non des actes authentiques signés de manière électronique et la réglementation y relative, appartiennent aux cantons.

Le projet d'*alinéa 2* permet au Conseil fédéral de réaliser, par la réglementation de la réquisition électronique au registre du commerce, une mesure souhaitée par un postulat de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (99.3461, postulat du 9.9.1999 Encouragement de la création de nouvelles entreprises).

A la différence de la disposition correspondante en droit du registre foncier (art. 949a al. 2 let. d CC), aucune réglementation de la protection des données n'est prévue au niveau de l'ordonnance, car les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives du registre du commerce sont généralement publiques, selon l'article 930 CO. Le sens et le but essentiels du registre du commerce consistent précisément à publier les données dont l'inscription est requise. Une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire de ses organes (art. 55 CC) et des autres personnes autorisées à la représenter; leur identité doit donc impérativement être rendue publique. En conséquence, la loi fédérale sur la protection des données exclut expressément le registre du commerce de son champ d'application (art. 2 al. 2 let. d LPD; RS 235.1).

De plus, il convient d'autoriser le Conseil fédéral à prescrire aux registres du commerce l'établissement d'extraits certifiés conformes signés de manière électronique. Les extraits du registre du commerce certifiés conformes constituent des titres constatatoires. Le préposé au registre du commerce constate par sa légalisation que, pour un sujet et à un moment donnés, les informations mentionnées dans l'extrait sont inscrites au registre du commerce ("image instantanée"). Le caractère déterminant de tels actes authentiques est par nature fortement limité dans le temps; l'extrait certifié conforme peut en effet être dépassé le jour qui suit sa délivrance déjà. A la

différence des pièces justificatives du registre du commerce signées de manière électronique, il n'en résulte donc aucun problème quant au maintien de la force probante à long terme.

233 Article 931 alinéa 2^{bis} (nouveau)

L'article 931 CO règle la publication des inscriptions au registre du commerce dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Le développement d'Internet ouvre à la Confédération la possibilité d'offrir de nouveaux moyens actuels de publication des données du registre du commerce. L'article 931 alinéa 2^{bis} P-CO permet ainsi de clarifier le fait qu'il appartient au Conseil fédéral de publier de manière électronique les données éditées dans la FOSC. Au surplus, une norme de délégation est établie, qui permet l'introduction d'un "système d'alerte". Ce système permet d'informer automatiquement les particuliers, sur leur requête, de la publication d'informations données dans la FOSC.

24 Loi sur la protection des marques, loi sur les brevets et loi sur les topographies

Il a déjà été dit (voir ch. 142.3) que la loi sur la protection des marques (LPM; RS 232.11), la loi sur les brevets (LBI; RS 232.14) et la loi sur les topographies (LTo; RS 231.2) sont complétées pour que la communication électronique avec l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle et la gestion électronique des droits protégés reposent sur une loi formelle.

En regard de la "stratégie de publication de la Confédération", l'accès en ligne aux données des registres est en principe gratuit. Des données retravaillées peuvent cependant être fournies en ligne à titre onéreux, lorsque l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle est en concurrence avec le secteur privé (art. 40 al 4 P-LPM; art. 65a al 4 LBI; art. 16a al. 5 LTo).

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel et sur l'économie nationale

31 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

La loi fédérale sur la signature électronique donne une base légale à la reconnaissance par l'Etat des fournisseurs de services de certification. Cette tâche incombe aux organismes de reconnaissance accrédités. S'il n'en existe pas, les fournisseurs de services de certification seront reconnus par un organisme désigné par le Conseil fédéral (art. 5 al. 2 LFSél). Les finances publiques ne seront que peu mises à contribution pour l'exécution de la loi fédérale sur la signature électronique. Si toutefois le Service d'accréditation suisse (SAS) devait être chargé de cette tâche, un besoin en personnel supplémentaire à l'Office fédéral de métrologie n'est pas à exclure. Les dépenses qui y sont liées seront supportées - sous forme d'émoluments - par les or-

ganismes de reconnaissances et les fournisseurs de services de certification qui chercheront à être accrédités ou reconnus.

32 Effets sur l'économie nationale

Le commerce électronique est reconnu comme étant d'une grande importance pour l'économie suisse. Comme la loi fédérale sur la signature électronique crée un cadre assurant la sécurité juridique et la confiance, le projet renforce la place économique suisse. Les effets positifs de la loi fédérale sur la signature électronique sont cependant difficilement quantifiables, car il faut tenir compte du fait qu'aujourd'hui déjà, la plupart des contrats peuvent être conclus et exécutés par la voie électronique. Il faut aussi considérer que des efforts semblables d'adaptation de l'ordre juridique aux besoins du commerce électronique sont également faits à l'étranger.

4 Programme de la législature

Le Conseil fédéral a annoncé le Message relatif à la loi fédérale sur la signature et le commerce électroniques dans ses buts de la législature 1999-2003 (FF 2000 2228).

5 Relation avec le droit européen

L'UE a adopté une directive en particulier qui est d'importance pour la signature électronique: la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L 13 du 19.1.2000, p. 12 ss Les Etats membres doivent se conformer à la directive avant le 19 juillet 2001 (art. 13 al. 1).

Le présent projet de loi fédérale sur la signature électronique correspond aux dispositions du droit européen. Concernant la levée des exigences de forme constituant un obstacle à la conclusion des contrats par la voie électronique, il va même plus loin que ce qui est exigé par le droit européen. Le projet ne fait en effet pas usage de toutes les possibilités d'exclure la conclusion d'un contrat par la voie électronique auxquelles un Etat membre peut recourir (voir l'art. 9 al. 2 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOCE L 178 du 17.7.2000, p. 1 ss).

6 Fondements juridiques

61 Constitutionnalité

Le projet de loi se fonde sur les article 95 alinéa 1 et 122 alinéa 1 Cst.

L'article 95 alinéa 1 Cst. donne compétence à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Cette compétence globale de légiférer en matière économique correspond à l'article 31bis alinéa 2 de l'ancienne Cst. Elle permet en premier lieu d'édicter des réglementations de police écono-

mique². La reconnaissance (facultative) des fournisseurs de services de certification est une mesure de police économique dans la mesure où elle vise à garantir une offre large de services sûrs liés à la certification électronique (voir art. 1 al. 2 let. a LFSél). Le degré de sécurité de ces services sert au bout du compte la bonne foi dans les affaires.

62 Délévation de compétences d'exécution

La loi fédérale sur la signature électronique délègue l'exécution dans une large mesure au Conseil fédéral (art. 23 al. 1 LFSél). Ce dernier peut déléguer la compétence d'édicter des dispositions techniques ou administratives au Département compétent (art. 23 al. 2 LFSél). La modification des ordonnances existantes est aussi nécessaire, pour que les communications par la voie électronique avec le conservateur du registre foncier (art. 949a al. 3 P-CC) et le préposé au registre du commerce (art. 929a al. 2 P-CO) soient possibles.

² Voir parmi d'autres RENÉ RHINOW, in: Commentaire de la Constitution fédérale, no. 41 ss ad art. 31bis Cst., et les nombreuses références citées)